

Sygn. akt: KIO 1344/11

WYROK
z dnia 8 lipca 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aneta Mlącka

Protokolant: Małgorzata Wilim

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 lipca 2011 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 czerwca 2011 r. przez wykonawcę **OTICON POLSKA Sp. z o.o., Plac Trzech Krzyży 4/6, 00-499 Warszawa**, w postępowaniu prowadzonym przez **Szpital Kliniczny im. Heliodora Świącickiego Uniwersytetu Medycznego im. Karola Marcinkowskiego w Poznaniu, ul. Przybyszewskiego 49, 60-355 Poznań**,

przy udziale wykonawcy **MEDICUS Aparatura i Instrumenty Medyczne Sp. z o.o. S.K.A., ul. Dębowa 3, 53-134 Wrocław**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1344/11 po stronie zamawiającego;

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje utrzymanie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie parametrów możliwość pełnego wyłączenia procesora, zabezpieczenie baterii przed przypadkowym wyjęciem, wodoodporność, z pominięciem zmian i interpretacji wprowadzonych pismem DZP/63/2011 z dnia 16 czerwca 2011 r.

2. kosztami postępowania obciąża **Szpital Kliniczny im. Heliodora Świącickiego 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 **OTICON POLSKA Sp. z o.o., Plac Trzech Krzyży 4/6, 00-499 Warszawa**, tytułem wpisu od

odwołania,

- 2.2. zasądza od **Szpitala Klinicznego im. Heliodora Święckiego Uniwersytetu Medycznego im. Karola Marcinkowskiego w Poznaniu, ul. Przybyszewskiego 49, 60-355 Poznań** na rzecz **OTICON POLSKA Sp. z o.o., Plac 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 oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Poznaniu**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający Szpital Kliniczny im. Heliodora Święcickiego Uniwersytetu Medycznego im. Karola Marcinkowskiego prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na „Dostawę 30 zestawów implantu zakotwiczonego do kości wraz z procesorem dźwięku”. Ogłoszenie zamówienia ukazało się w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 25.05.2011 pod numerem 2011/S 100 -163757.

Odwołujący - OTICON Polska Sp. z o.o. wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z art. 15 ust. 1 pkt 3 oraz art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji - przez zmodyfikowanie, na wyraźne wskazanie jednego z Wykonawców, zapisów dotyczących kryteriów, którymi Zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty oraz ich znaczenia. W wyniku modyfikacji, w ocenie Odwołującego, kryteria uzyskały dyskryminujące brzmienie i w efekcie zostały ustalone na przesadnie wysokim poziomie, co w konsekwencji w nieuzasadniony sposób utrudnia uczciwą konkurencję. Odwołujący zarzucił także Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, art. 29 ust. 1 j 2 ustawy Prawo zamówień publicznych przez zmodyfikowanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób prowadzący do niejednoznacznej interpretacji zapisów. Odwołujący zaznaczył, iż w odpowiedzi na postulaty jednego z Wykonawców nastąpiły zmiany dotyczące wymagań Zamawiającego, jednakże są one niejasne i pozostawiają dużą swobodę w ich ocenie. Dodatkowo wprowadzone zapisy przeczą zasadzie równego traktowania wykonawców, gdyż ewidentnie wskazują na konkretny oferowany produkt uniemożliwiając tym samym złożenie oferty Odwołującemu, art. 36 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych przez zaniechanie dokonania modyfikacji treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej SIWZ), a jedynie udzielenie odpowiedzi na postulaty jednego z Wykonawców, pomimo istotnych zmian dotyczących przedmiotu zamówienia. Błędy proceduralne powodują, że Odwołujący nie ma jasności co do zaistniałego stanu faktycznego i faktycznych wymagań Zamawiającego

W związku z powyższymi zarzutami, Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który nie utrudniałby uczciwej konkurencji, dokonanie zmiany kwestionowanych zapisów specyfikacji istotnych warunków zamówienia dotyczących w szczególności kryteriów oceny ofert, obniżenie wagi kryteriów oceny ofert, jednoznaczne określenie wymagań Zamawiającego i dokonanie czynności stosownie do art.

36 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący zaznaczył, iż liczba wykonawców i konkurencja na rynku implantów słuchowych zakotwiczonych w kości jest ograniczona. Zamawiający zatem winien w sposób szczególnie ostrożny procedować, aby nie doprowadzić do wyeliminowania konkurencyjności postępowania, gdyż na rynku, który objęty jest przedmiotem niniejszego zamówienia wyłącznie dwóch wykonawców jest zdolnych do zrealizowania zamówienia. Odwołujący zauważył, iż na rynku implantów słuchowych kotwiczonych w kości funkcjonują tylko dwa podmioty: firma Cochlear, reprezentowana w Polsce przez spółkę Medicus Aparatura i Instrumenty Medyczne sp. z o.o. S.K.A. z Wrocławia (zwana dalej Medicus) oraz firma Oticon Medical AB, reprezentowana w Polsce przez spółkę Oticon Polska Sp. z o.o.

W dniu 16 czerwca br. w piśmie o sygnaturze DZP/63/2011 Zamawiający, w wyniku zapytań zgłoszonych przez Wykonawcę Medicus, udzielając odpowiedzi na pytania, uściślił zapisy SIWZ. Odwołujący wskazał, iż powyższa czynność ograniczyła Odwołującemu możliwość uzyskania punktów w kryterium ocena techniczna. Odwołujący podnosił, że w na obecnym etapie ocena techniczna na poziomie 40% jest dla Odwołującego rażąco niesprawiedliwa i uniemożliwia konkurowanie w postępowaniu.

W zakresie poszczególnych pytań i odpowiedzi Odwołujący wskazał na następujące okoliczności:

Pytanie nr 2 dotyczyło wprowadzenia wymogu przedstawienia badania naukowego odnośnie metody pomiaru stabilności implantu. Jak zaznaczył Odwołujący, Zamawiający wprowadził do SIWZ dodatkowy wymóg przedstawienia badania naukowego, doniesienia potwierdzonego publikacją w prasie medycznej lub wystąpienia na międzynarodowej konferencji, który wcześniej w SIWZ nie był wymagany. Odwołujący zaznaczył, że wprowadzenie powyższego wymogu jest próbą uniemożliwienia Odwołującemu zdobycia punktów.

Pytanie nr 3 dotyczyło wprowadzenia wymogu przedstawienia badania naukowego odnośnie wczesnego obciążania implantów (poniżej 2 miesięcy) procesorami mowy. Zamawiający wprowadził w treści SIWZ dodatkowy wymóg przedstawienia badania naukowego, którego pierwotnie w SIWZ nie wymagano. Odwołujący podkreślił, iż tego rodzaju badania, jak wymagane przez Zamawiającego, posiada Wykonawca Medicus.

Pytanie nr 4 dotyczyło parametru opisu przedmiotu zamówienia określonego jako „możliwości pełnego wyłączenia procesora”. Zamawiający w odpowiedzi na pytanie nr 4 zapisał, iż „wymaga spełnienia w tym punkcie zapisów SIWZ poprzez zaoferowanie

urządzeń posiadających włącznik/wyłącznik pozwalający na całkowite odcięcie zasilania procesora i dzięki temu oszczędność baterii bez konieczności otwierania komory baterii. Rozwiązania polegające na wyciszeniu mikrofonów, lub na otwarciu komory baterii z jej jednoczesnym wysunięciem nie spełniają wymagań stawianych przez Zamawiającego." W ocenie Odwołującego opis ten wskazuje, iż Zamawiający preferuje urządzenie oferowane przez firmę Medicus, która posiada przycisk „włącz/wyłącz”. Odwołujący wniósł o ponowne nadanie parametrowi ocenianemu „możliwość pełnego wyłączenia procesora” znaczenia literalnego, z pominięciem wprowadzonej poprzez odpowiedzi na pytania stroniczej interpretacji.

Pytanie nr 5 dotyczyło interpretacji parametru określonego jako „zabezpieczenie baterii przed jej przypadkowym wyjęciem”. Odwołujący podniósł, iż Zamawiający dokonał modyfikacji SIWZ w sposób, który jest przytoczeniem opisu rozwiązania konstrukcyjnego stosowanego w urządzeniach oferowanych przez firmę Medicus. Zamawiający w odpowiedzi na pytanie nr 5 zapisał, iż wymaga od zaoferowanych urządzeń możliwości skutecznego zabezpieczenia baterii przed wypadnięciem, w taki sposób, aby bateria znajdowała się w dopasowanej komorze, która powinna być dodatkowo zabezpieczona pokrywą z blokadą. Odwołujący podkreślił, iż jest zabezpieczenie pokrywą z blokadą jest rozwiązaniem charakterystycznym dla procesora Cochlear BP100 oferowanego przez firmę Medicus. W rozwiązaniu Odwołującego wykorzystuje się komorę baterii ze specjalną blokadą ryglowaną za pomocą dostarczanego dedykowanego narzędzia, co również zabezpiecza przed przypadkowym lub niepożądanym wyjęciem baterii. Odwołujący wniósł o ponowne nadanie parametrowi ocenianemu „zabezpieczenie baterii przed przypadkowym wyjęciem” znaczenia literalnego i usunięcie stroniczej interpretacji.

Odnośnie parametru „wodoodporność (ochrona przed zachlapaniem, kurzem)”, Zamawiający w odpowiedzi na pytanie nr 7 Zamawiający zapisał, iż „wymaga od zaoferowanych urządzeń zabezpieczenia przed zachlapaniem i kurzem nie tylko samej elektroniki, ale również mikrofonów. W rozumieniu Zamawiającego, obudowa urządzenia nie stanowi wystarczającego zabezpieczenia przed czynnikami atmosferycznymi.” W ocenie Odwołującego nie jest zrozumiałe, dlaczego Zamawiający uznał obudowę skonstruowaną z elementów wytwarzanych jako niewystarczające zabezpieczenie przed czynnikami atmosferycznymi.

W pytaniu nr 8 Zamawiający zapisał, iż „mając na uwadze bezpieczeństwo Pacjenta, któremu wszczepiany jest implant preferuje, aby zaoferowane urządzenia posiadały możliwość zaczepienia się w/na zaoferowanym implancie w taki sposób, żeby zaczep

procesora nie zakrywał w żaden sposób ścian wspornika implantu (...)" Powyższy zapis, zdaniem Odwołującego, pozostawia nieograniczoną swobodę interpretacyjną na etapie badania i oceny ofert. Odwołujący zwrócił uwagę, że nie ma pewności, czy wprowadzony wymóg jest bezwzględnie wymagany, czy też jest jedynie niewiążącą sugestią Zamawiającego. Odwołujący domagał się więc doprecyzowania i zadbania, aby zapisy były jednoznaczne i nie budziły wątpliwości.

Odnośnie parametru „możliwość wykorzystania tego samego procesora zarówno na lewą i prawą stronę”, Odwołujący zwrócił uwagę, że dostarczane procesory są urządzeniami „na zamówienie” - każdorazowo przed założeniem procesora należy wszczepić implant. Ponieważ proces zrastania się implantu z kością trwa kilka tygodni, w momencie składania zamówienia, Zamawiający posiada wiedzę, czy procesor będzie działał na uchu lewym, czy na prawym. Nie ma zatem przeszkód, aby przy składaniu zamówienia, poza kolorem, wskazywać także stronę (ucho lewe lub prawe) procesora. Optymalne ułożenie wlotów mikrofonów pozwala na osiągnięcie lepszych charakterystyk kierunkowości aniżeli w urządzeniu symetrycznym (co przekłada się na lepsze rozumienie mowy w trudnych sytuacjach akustycznych), urządzenie jest bardziej ergonomiczne i estetyczne, pozbawione siermiężnego, prostopadłościennego kształtu. W związku z powyższym Odwołujący wniósł o usunięcie przedmiotowego parametru z grupy parametrów punktowanych.

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

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, iż na etapie przygotowywania postępowania bez należytej staranności dokonał opisu parametrów punktowanych, przy sporządzaniu SIWZ nie brał pod uwagę bezpieczeństwa pacjentów. Podkreślił, iż „zatracono w ten sposób główną i zasadniczą granicę pomiędzy Zamawiającym, który jest niejako gospodarzem postępowania, a Wykonawcą - który w odpowiedzi na publiczne ogłoszenie składa ofertę zgodną z wymaganiami. W niniejszym postępowaniu Wykonawca stał się niejako współautorem brzmienia wymagań Zamawiającego”. Premiowane zaś parametry, biorąc pod uwagę stopień precyzji i skomplikowanie urządzenia są marginalne. Nie jest więc podyktowane żadnymi względami racjonalności postępowania kształtowanie technicznych kryteriów oceny ofert na tak wygórowanym poziomie.

Odwołujący wniósł o zdecydowane zmniejszenie znaczenia (wagi) kryterium ocena techniczna, gdyż w wyniku zmiany zapisów przewartościowano kryteria oceny ofert na zdecydowaną niekorzyść Odwołującego. Wprowadzenie przez Zamawiającego specyficznej wykładni parametrów będących elementami kryterium zmieniło stan faktyczny w dokumentacji i znacznie zmniejszyło szanse Odwołującego na uzyskanie zamówienia.

Odwołujący zaznaczył, że tylko za pomocą zmniejszenia znaczenia (wagi) (czyli jej obniżenia z poziomu 40%) możliwe jest zmniejszenie rzeczywistego znaczenia parametrów ocenianych dla całościowej punktacji oferty.

W niniejszej sprawie przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosił Wykonawca Medicus Aparatura i Instrumenty Medyczne sp. z o.o. S.K.A.

Odwołujący zgłosił opozycję co do przystąpienia tego Wykonawcy. Izba oddaliła opozycję na podstawie art. 185 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych. Izba uznała, iż Przystępujący wykazał, iż posiada interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego. Przystępujący zainteresowany jest utrzymaniem interpretacji w zakresie parametrów wymaganych urzędzeń, wchodzących w skład opisu przedmiotu zamówienia, wprowadzonych przez Zamawiającego w piśmie z dnia 16 czerwca 2011 roku (DZP/63/2011).

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, iż Odwołujący posiada interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zarówno Zamawiający jak i Przystępujący podnosili, iż niniejsze odwołanie winno podlegać odrzuceniu, z uwagi na fakt, iż treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie uległa zmianie. Izba zauważa jednak, iż odpowiedzi na pytania jednego z potencjalnych wykonawców, jakich zamawiający udzielił w dniu 16 czerwca 2011 roku, w istocie zmieniają opis przedmiotu zamówienia. W odpowiedziach tych Zamawiający wskazał, jakie rozwiązania techniczne powinno posiadać oferowane przez wykonawców urządzenie, jaki cechy tego urządzenia Zamawiający będzie uznawał za spełniające wymogi SIWZ. W odpowiedziach tych Zamawiający wskazywał na rozwiązania techniczne, które nie były zawarte w opisie przedmiotu zamówienia w tabeli w tomie III. W rzeczywistości odpowiedzi Zamawiającego doprowadziły do zmiany opisu przedmiotu zamówienia. Zaoferowanie przez wykonawcę urządzenia, które nie spełniałoby wymogów wskazanych w odpowiedziach na

pytanie zamawiającego prowadziłyby albo do odrzucenia oferty tego wykonawcy, albo do nieprzyznania punktów za określone parametry. Odwołanie dotyczy więc modyfikacji przedmiotu zamówienia, która to modyfikacja miała miejsce w dniu 16 czerwca 2011 r., kiedy to Zamawiający odpowiedział na pytania potencjalnego wykonawcy. Odmienna interpretacja prowadziłyby do sytuacji, w której zapisy Zamawiającego odnoszące się do przedmiotu zamówienia znalazłyby się poza jakąkolwiek kontrolą. Brak byłoby możliwości wniesienia odwołania co do sformułowanych przez Zamawiającego wymogów technicznych w zakresie parametrów przedmiotu zamówienia.

Sposób, w jaki Zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia może budzić wątpliwości. Zamawiający dokonał faktycznych, istotnych zmian w opisie przedmiotu zamówienia, bez formalnego dopowiedzenia, iż stanowi to zmianę SIWZ. Tym samym ma rację Odwołujący, iż brak jest jasności, co do zaistniałego stanu faktycznego, w tym w szczególności w zakresie terminu i możliwości wniesienia środków odwoławczych.

Zamawiający opisał przedmiot zamówienia obejmującego dostawę 30 zestawów implantu zakotwiczonego do kości wraz z procesorem dźwięku. Opis zawiera tabelę, w której zostały przedstawione parametry urządzenia wymagane przez zamawiającego oraz warunki oceniane, których spełnienie prowadziło będzie do uzyskania większej liczby punktów przez wykonawcę, a co za tym idzie, przedstawienie korzystniejszej oferty i tym samym większą szansę na uzyskanie zamówienia.

W dniu 16 czerwca 2011 roku pismem DZP/63/2011 Zamawiający udzielił odpowiedzi na zapytania wykonawcy Medicus. W zawartych odpowiedziach wyjaśnił i doprecyzował, w jaki sposób należy rozumieć poszczególne parametry urządzenia, znajdujące się w opisie przedmiotu zamówienia i jakie rozwiązania techniczne urządzeń będą przez Zamawiającego uznane za mieszczące się w rozumieniu parametru stanowiącego opis przedmiotu zamówienia.

Izba stoi na stanowisku, iż opis przedmiotu zamówienia jest uprawnieniem Zamawiającego, który ma prawo opisać przedmiot zamówienia zgodnie z potrzebami. Należy jednak zwrócić uwagę, iż podstawową zasadą obowiązującą na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych jest zasada uczciwej konkurencji. Przejawia się ona w treści art. 7 ustawy, jak również art. 29 ustawy. Zamawiający, jako gospodarz postępowania, winien, zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy, przeprowadzić je w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Art. 29 ust. 2 zobowiązał Zamawiającego do opisanie przedmiotu zamówienia w taki sposób, aby nie utrudnić uczciwej konkurencji.

Zgodnie z wyrokiem Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 09.11.2005 r. niezgodne z zasadą

uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców jest opisywanie przedmiotu zamówienia oraz warunków udziału w postępowaniu w sposób, który będzie uniemożliwiał dostęp do udziału w postępowaniu lub stawiał wybranych wykonawców w uprzywilejowanej sytuacji wobec pozostałych (II Ca 587/05).

Izba uznała, że w niniejszym postępowaniu Zamawiający naruszył zasadę wyrażoną w art. 29, zatem potwierdził się zarzut Odwołującego. Przede wszystkim należy zauważyć, iż rygorystyczne wymagania ustalone przez Zamawiającego eliminują urządzenie oferowane przez Odwołującego. Sformułowania odnoszące się do opisu przedmiotu zamówienia stwarzają możliwość zaistnienia okoliczności utrudniania uczciwej konkurencji, bowiem poszczególne parametry/rozwiązania techniczne mogą zostać przyporządkowane konkretnemu urządzeniu oferowanemu przez konkretnego producenta lub dostawcę. W ocenie Izby nie można mówić o zachowaniu zasady uczciwej konkurencji w sytuacji, gdy przedmiot zamówienia określany jest w sposób, iż preferowane i wskazane przez zamawiającego rozwiązania wskazują na konkretny produkt, w szczególności w sytuacji, gdy istnieją tylko dwa podmioty na rynku (czemu Zamawiający nie zaprzeczył). Wystarczy bowiem, w tak szczególnej sytuacji, że Zamawiający opíše wymogi i parametry są w taki sposób, że spełnić je może wyłącznie produkt oferowany przez jednego z nich.

W niniejszej sprawie należy uznać, iż o ile Zamawiający uprawiony jest do określania w SIWZ funkcji, jakie urządzenia powinny spełnić, jednakże wskazywanie konkretnych rozwiązań technicznych w urządzeniach, niekoniecznie jest uzasadnione obiektywnymi okolicznościami. W niniejszej sprawie Zamawiający nie wykazał, aby wskazane przez niego, jako preferowane, szczegółowe rozwiązania techniczne, uzasadnione były okolicznościami obiektywnymi. Działanie Zamawiającego w ocenie Izby miało na celu wskazanie jako preferowanych określonych rozwiązań technicznych - jak wskazują poszczególne omówione poniżej przykłady (w zakresie pytania nr 4 i 5), takich, które posiadało urządzenie oferowane przez jednego z Wykonawców.

Odnosząc się do poszczególnych wymagań Zamawiającego:

Zamawiający wymagał, aby oferowane urządzenie posiadało zabezpieczenie baterii przed przypadkowym wyjęciem. W odpowiedzi na pytanie Zamawiający doprecyzował, iż w zakresie tego parametru wymaga, aby bateria była zabezpieczona przed wypadnięciem w taki sposób, aby znajdowała się w dopasowanej komorze, która powinna być dodatkowo zabezpieczona pokrywą z blokadą.

W treści odwołania Odwołujący podnosił, że tego rodzaju rozwiązanie techniczne, a więc zabezpieczenie pokrywą z blokadą, posiada wyłącznie urządzenie oferowane przez

urządzenie firmy Cochlear (lub Medicus na terenie Polski). Powyższe zostało także stwierdzone w trakcie prezentacji urządzenia podczas rozprawy. Nie ulega wątpliwości, Zamawiający miał prawo wymagać, aby urządzenie bateria posiadała dodatkowe zabezpieczenie przed przypadkowym wyjęciem. Tak, jak uzasadniał Zamawiający, przyjęcie takiego rozwiązania jest niezwykle istotne z uwagi na fakt, iż użytkownikami oferowanych urządzeń są osoby niepełnoletnie oraz niepełnosprawne umysłowo. Zabezpieczenie baterii przed przypadkowym wyjęciem posiada każde z oferowanych urządzeń, czy to przez Odwołującego, czy Przystępującego. Jednakże dookreślenie przez Zamawiającego wymagania w zakresie powyższego parametru, aby komora, w której znajduje się bateria, była dodatkowo zabezpieczona „pokrywą z blokadą”, jest ewidentnym wskazaniem na urządzenie oferowane przez Cochlear. Funkcja dodatkowego zabezpieczenia baterii przed wypadaniem może być w przeróżny sposób rozwiązana przez producentów urządzeń, a Zamawiający, choć posiada prawo do określenia funkcji, której wymaga, nie powinien wskazywać ani preferować określonego rozwiązania technicznego, gdyż bez wątpienia wskazuje ono na konkretnego wykonawcę. Zatem Zamawiający określając w odpowiedzi na pytanie, jakiego rozwiązania technicznego w zakresie danego parametru oczekuje, wskazał na konkretne urządzenie oferowane przez Cochlear, a tym samym Zamawiający utrudnił konkurencję, o czym mowa w art. 29 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający wymagał, aby urządzenie posiadało możliwość pełnego wymagania procesora. Udzielając odpowiedzi, Zamawiający wskazał, iż „Rozwiązania polegające na wyciszeniu mikrofonów lub na otwarciu komory baterii z jej jednoczesnym wyjęciem, nie spełniają wymagań stawianych przez Zamawiającego”. W niniejszym przypadku również należy uznać, iż Zamawiający wprost określił, iż rozwiązanie wyciszenia mikrofonów lub polegające na otwarciu komory baterii, a więc takie, które charakteryzuje urządzenie oferowane przez Odwołującego, nie spełnia jego wymagań. Na uwagę zasługuje fakt, że na rynku polskim jest jedynie dwóch dostawców przedmiotowego urządzenia. Zatem uznanie, że rozwiązania techniczne posiadane przez urządzenie oferowane przez jednego z wykonawców, w tym przypadku Odwołującego, nie będzie uznane za spełniające wymagania, oznacza już na etapie ogłoszenia SIWZ, przed otwarciem ofert, ocenę urządzenia funkcjonującego na rynku, którego dostawcą jest ten Wykonawca. Izba zauważa, że każde z rozwiązań technicznych przedstawione przez obu wykonawców prowadzi do uzyskania takiego samego efektu; urządzenia różnią się jedynie rozwiązaniem technicznym, z których każde posiada zalety istotne z punktu widzenia użytkujących urządzenie Pacjentów. Zatem, należy uznać, takie postępowanie Zamawiającego narusza zasadę uczciwej konkurencji. W niniejszym przypadku, podobnie jak w sytuacji poprzednio wymienionej, nie można Zamawiającemu odmówić prawa do określenia funkcji, której wymaga w zakresie oczekiwanego urządzenia, jednak wskazanie określonego rozwiązania technicznego, w niniejszym przypadku, prowadzi

do wskazania na konkretny produkt, oferowany przez konkretnego wykonawcę. Ponadto Izba zwraca uwagę, iż również w tym przypadku Zamawiający nie uzasadnił potrzeb pod względem właściwości aparatu pod kątem jego podstawowego działania (w zakresie słuchu pacjentów), ale jedynie w zakresie technicznych szczegółów.

Podobne spostrzeżenia Izba odnosi do zarzutów Odwołującego w zakresie parametru wodoodporność (ochrona przed zachlapaniem, kurzem). Zamawiający uznał, iż obudowa jest niewystarczającym elementem chroniącym urządzenie przed zachlapaniem lub kurzem, w szczególności w zakresie mikrofonu. Na uwagę zasługuje fakt, iż Zamawiający nie uzasadnił w treści odpowiedzi, dlaczego przyjął takie stanowisko. Wydaje się oczywistym fakt, iż to właśnie obudowa służy wszystkim ochronie wrażliwych elementów elektronicznych, w tym także mikrofonów, ukrytych w głębi pokrywy, przed czynnikami zewnętrznymi. W szczególności, iż zachlapanie dotyczy przypadkowego i krótkotrwałego kontaktu z wodą, nie zaś pełnej wodoodporności. W niniejszym przypadku, tak jak w poprzednim, Zamawiający wskazał, iż nie uzna za wystarczające zaoferowanie urządzenia z takim rozwiązaniem technicznym, jakie posiada Odwołujący. Tym samym należy uznać, iż wskazane powyżej działanie, które bez obiektywnego uzasadnienia przyznaje punkty wyłącznie jednemu ściśle określone mu rozwiązaniu technicznemu, prowadzi do wyeliminowania konkurencyjności i potwierdza, iż Zamawiający naruszył art. 29 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba nie odnosi się do zarzutów Odwołującego w zakresie parametru „możliwość wykorzystania tego samego procesora zarówno na lewą i prawą stronę”. Parametr ten znany był Odwołującemu od początku postępowania, od dnia pojawienia się ogłoszenia o zamówieniu i zamieszczenia SIWZ na stronie internetowej Zamawiającego. Parametr ten nie podlegał modyfikacji, nie był także przedmiotem wyjaśnień lub doprecyzowania w formie odpowiedzi udzielonych przez Zamawiającego w dniu 16 czerwca 2011 roku w piśmie DZP/63/2011. Zatem należy uznać, iż podnoszenie zarzutów w zakresie tego parametru na obecnym etapie zamówienia, jest spóźnione.

W zakresie zmiany znaczenia (wagi) kryterium ocena techniczna Izba uznała, iż Odwołujący nie wyjaśnił, nie przedstawił żadnego dowodu, w jaki sposób przyjęte w SIWZ kryteria oceny ofert miałyby naruszać uczciwą konkurencję po dokonaniu doprecyzowania przez Zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia. Przedstawione ogólne twierdzenia Odwołującego w odwołaniu nie stanowią wystarczającej podstawy aby uznać, iż takie naruszenie miało miejsce.

Izba podziela także stanowisko Odwołującego, iż niezrozumiałe jest stanowisko Zamawiającego w zakresie odpowiedzi na pytanie nr 8, udzielone w dniu 16 czerwca 2011 roku. Zamawiający w trakcie rozprawy wyjaśnił, iż odpowiedź na pytanie nr 8 nie ma

charakteru wiążącego, z uwagi na fakt, iż nie odnosi się do żadnego z parametrów wskazanych w treści SIWZ jako opis przedmiotu zamówienia. Zamawiający zobowiązany nie mógł pozostawić pytania wykonawcy bez odpowiedzi, zatem zobowiązany był odnieść się do kwestii poruszonych w pytaniu. Izba zatem również w powyższym zakresie podziela stanowisko Odwołującego, iż Zamawiający powinien umieścić informację iż odpowiedź na pytanie nr 8 z dnia 16 czerwca 2011 roku nie odnosi się do żadnego z parametrów wskazanych w treści SIWZ jako opis przedmiotu zamówienia. W przeciwnym wypadku może wprowadzać w błąd, w szczególności w zakresie podstawy oceny ofert, a co za tym idzie stanowi istotne naruszenie ustawy Prawo zamówień publicznych w zakresie naruszenia uczciwej konkurencji (w konsekwencji równego traktowania wykonawców) w zakresie opisu przedmiotu zamówienia. W sytuacji, w świetle złożonych przez Zamawiającego w trakcie rozprawy wyjaśnień, (stanowisko takie podzielił także Przystępujący) należy uznać za wiążące powyższe wyjaśnienia Zamawiającego, iż odpowiedź na pytanie nr 8 z dnia 16 czerwca 2011 roku nie odnosi się do żadnego z parametrów wskazanych przez Zamawiającego jako opis przedmiotu zamówienia, zatem nie będzie brana pod uwagę jako wiążące na etapie oceny ofert.

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. Ponadto należy zauważyć, iż rodzaj badań wymaganych, miejsce ich przeprowadzenia, zgodnie z treścią odpowiedzi nr 2 i 3 z dnia 16 czerwca 2011 roku nie zostały ściśle określone czy ograniczone, co potencjalnie zwiększa szanse Wykonawców na ich pozyskanie i przedstawienie w ofercie. 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 wprowadzone w odpowiedzi na pytanie nr 2 i 3 z dnia 16 czerwca 2011 roku w piśmie DZP/63/2011 stanowiło naruszenie zasady uczciwej konkurencji.

Mając powyższe na uwadze 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. Na podstawie § 5 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238). Do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia.

Przewodniczący:

.....