

**Sygn. akt: KIO 2703/11**

**WYROK**

**z dnia 2 stycznia 2012 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza w Warszawie** - w składzie:

**Przewodniczący:** Renata Tubisz

**Protokolant:** Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **2 stycznia 2012 r. w Warszawie**

odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 grudnia 2011 r.

przez **Odwołującego** – OTICON POLSKA Sp. z o.o., Plac Trzech Krzyży 4/6, 00-499 Warszawa,

w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego** - Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny Nr 4, ul. dr K. Jaczewskiego 8, 20-954 Lublin,

przy udziale **Uczestnika** - MEDICUS Aparatura i Instrumenty Medyczne Sp. z o.o. S.K.A., Plac Powstańców Śląskich 11/1, 53-329 Wrocław, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego **po stronie Zamawiającego**.

**orzeka:**

1. oddała odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża **Odwołującego** – OTICON POLSKA Sp. z o.o., Plac Trzech Krzyży 4/6, 00-499 Warszawa, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie:

piętnaście tysięcy złotych) uiszczoną przez **Odwołującego** - OTICON POLSKA Sp. z o.o.,  
Plac Trzech Krzyży 4/6, 00-499 Warszawa, tytułem wpisu od odwołania,

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 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 Lublinie.**

**Przewodniczący:** .....

### Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione w dniu 19 grudnia 2011 r. w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny nr 4; ul. dr K. Jaczewskiego 8; 20-954 Lublin zwany dalej „zamawiającym”.

Odwołanie złożył wykonawca OTICON Polska Sp. z o.o. Pl. Trzech Krzyży 4/6; 00 - 499 Warszawa zwany dalej „odwołującym”.

Przetarg nieograniczony dotyczy „DOSTAWY IMPLANTÓW ZAKOTWICZONYCH NA PRZEWODNICTWO W KOŚCI WRAZ Z PROCESOREM DŹWIĘKU" i ogłoszony został w dniu 29.09.2010r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2010/S 189-288825.

Odwołanie złożono na podstawie art. 179 ust. 1 i art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) zwanej dalej „ustawą”.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 ustawy przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia.
2. art. 29 ust. 2 i 3 ustawy przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób nadmiernie rygorystyczny, z użyciem nazw własnych, bez dopuszczenia rozwiązań równoważnych a przez to bezpodstawnie ograniczający krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia,
3. art. 197 ust. 1 ustawy w zw. z art. 1212 §1 kodeksu postępowania cywilnego w zw. z art. 185 ust. 7 ustawy przez ich nierespektowanie ze względu na niewykonanie wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dn. 22 października 2010 r. sygn. KIO/2189/10,

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania,
2. nakazanie Zamawiającemu opisanie przedmiotu zamówienia, w sposób który nie utrudniałby uczciwej konkurencji,
3. dokonanie zmiany kwestionowanych zapisów specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
4. obniżenie wagi kryterium oceny ofert - „jakość”,
5. nakazanie Zamawiającemu wykonania w całości wyroku KIO z dn. 22 października 2010 r. (KIO/2189/10).

Zamawiający w dniu 9 grudnia 2011r. pismem z dnia 05.12.2012r. dokonał modyfikacji zapisów treści

SIWZ w odniesieniu do przedmiotu zamówienia oraz wag procentowych kryteriów oceny ofert.

W uzasadnieniu odwołania przedstawiono następującą argumentację formalną i prawną.

W ocenie składającego odwołanie Zamawiający prowadząc postępowanie przetargowe, w sposób rażący narusza przepisy ustawy. Dowodem na powyższe jest m.in. trwająca ponad rok bezczynność, następnie wybiórcze i niepełne wykonanie wyroku KIO, niejasne zasady publikacji postępowania na stronie internetowej Zamawiającego oraz podjęte ostatnio czynności.

Odwołujący w złożonym odwołaniu przedstawił następujące zarzuty:

**I. Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem z dn. 22 października 2010 r. sygn. akt 2189/10 stwierdziła, iż Zamawiający naruszył art. 29 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez sformułowanie wymagań SIWZ w sposób nieuprawniony i uniemożliwiający Odwołującemu udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia.**

Izba nakazała Zamawiającemu modyfikację postanowień SIWZ w taki sposób aby zapewniały uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców (pierwotnie bowiem wprost wskazywały na urządzenie producenta Cochlear). Izba nakazała również obniżenie znaczenia kryterium kolorystyki urządzenia oraz co istotne - rozdzielenie przedmiotu zamówienia pierwotnie połączonego w jeden pakiet na dwie odrębne dostawy i tym samym umożliwienie składania ofert częściowych.

**Zarzut nr 1 odwołania brzmi: Zamawiający nie wykonał wyroku KIO, ponieważ nie dopuścił do składania ofert częściowych w przedmiotowym postępowaniu.**

**II. Zdaniem odwołującego dokonana przez zamawiającego modyfikacja treści SIWZ, w dalszym ciągu uniemożliwia złożenie oferty odwołującemu.**

Zamawiający w Załączniku nr 1 do SIWZ wprowadził nowy, bezwzględnie wymagany parametr graniczny - możliwość bezinwazyjnego pomiaru stabilności implantów metodą RFA na wsporniku.

Wskazana wprost metoda służąca do pomiaru stabilności jest właściwa wyłącznie implantom firmy Cochlear, dystrybuowanym w Polsce przez Wykonawcę Medicus Sp .z o.o. z Wrocławia i uniemożliwia zaoferowanie możliwości bezinwazyjnego pomiaru stabilności inną, równorzędną metodą, tak twierdzi odwołujący.

Podkreślenia wymaga fakt, że na rynku implantów słuchowych kotwiczonych w kości, będących przedmiotem niniejszego zamówienia, funkcjonują tylko dwie firmy: Spółka Medicus z Wrocławia (oferująca implanty producenta Cochlear) oraz Oticon Polska Sp. z o.o. (oferująca implanty

producenta Oticon Medical AB), przy czym Oticon Sp. z o.o., będąca częścią holdingu zajmującego się produkcją aparatów słuchowych, aparatury diagnostycznej i urządzeń wspomagających słyszenie, wprowadziła do sprzedaży implanty zakotwiczone w kości z początkiem 2010 r. stając się tym samym jedynym potencjalnym konkurentem dla dotychczasowego monopolisty.

Metoda RFA będąca właściwą dla implantów firmy Cochlear polega na analizie częstotliwości rezonansowej za pomocą urządzenia Osstell. Ten sam pomiar stabilności można wykonać w sposób nieinwazyjny, bez konieczności odkręcania zaczepek za pomocą urządzenia Periotest, tak twierdzi odwołujący.

W skarżonym postępowaniu wymaganie konkretnej metody RFA właściwej jednemu Wykonawcy, bez dopuszczenia metod równoważnych udaremnia jakąkolwiek konkurencję. Wykonawca oferujący inne rozwiązania nie może złożyć oferty, gdyż Zamawiający zawęził rozwiązania dostępne na rynku tylko do jednej metody.

**III. Kolejny podnoszony w odwołaniu zarzut dotyczy zmiany wag kryteriów oceny ofert z dotychczasowych: cena: 70%, jakość: 30%, na - cena 50%, jakość 50%. Zdaniem Odwołującego kryterium jakość ustalono na zbyt wygórowanym poziomie względem kryterium cenowego.** Szczególnie jest to rażące, gdy żaden z punktowanych parametrów nie jest związany z funkcjonalnością opisywanego przedmiotu zamówienia jak i również nie ma żadnego powiązania z faktyczną jakością urządzeń, czy też poziomem obsługi. Takie wywindowanie kryterium jakościowego jest narzędziem służącym wyłącznie ograniczeniu uczciwej konkurencji, tak twierdzi odwołujący.

W pierwotnym brzmieniu SIWZ Zamawiający wskazywał 12 parametrów punktowanych, obecnie wymaga 7, z których tylko jeden jest zachowany sprzed modyfikacji. Obniżenie liczby parametrów z równoczesnym zwiększeniem wagi kryterium spowodowało niemal 3-krotne (dokładnie 2,86) zwiększenie liczby punktów przydzielanych za każdy parametr w całościowej ocenie oferty, (przed modyfikacją za każdy z dwunastu ocenianych parametrów można było uzyskać średnio 2,5 punkta, czyli łącznie 30 punktów, natomiast po modyfikacji kryteriów oceny ofert i listy parametrów punktowanych można uzyskać średnio 7,14 punktu za każdy z siedmiu parametrów, czyli łącznie 50 punktów.)

Co więcej, zasługujące dotychczas na uznanie Zamawiającego parametry, które faktycznie mogłyby mieć wpływ nie tylko na jakość urządzenia, ale i na obsługę zamówienia tj. gwarancja, możliwość dodatkowego ubezpieczenia, czas trwania serwisu, gotowość urządzenia do pracy bez komputera, możliwość podłączenia urządzeń zewnętrznych obecnie nie znajdują się w puli parametrów punktowanych.

Promowanie konkretnego Wykonawcy w niniejszym postępowaniu jest ewidentne i niezaprzeczalne - gdyż parametry punktowane wyszczególnione w Załączniku nr 1 umożliwiają zdobycie maksymalnej liczby punktów częściowych, wyłącznie Wykonawcy Medicus, pomimo iż 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. Podkreślić należy, 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 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.

**Mając powyższe na uwadze odwołujący wnosi o obniżenie kryterium „jakość” do optymalnego i sprawiedliwego poziomu 17 - 18 %.**

O obniżenie wagi kryterium odwołujący wnosi mając na uwadze również wybieg Zamawiającego, polegający na jawnie podwójnym punktowaniu tego samego parametru:

1. Minimalna średnica implantu (liczona bez zaczeput i bez kołnierza): nie mniejsza niż 4,15 mm - 5 pkt; mniejsza niż 4,15 mm - 0 pkt.

oraz

2. Wiertło 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 - poszerzenie otworu prowadzącego do średnicy 4,1 mm - 5 pkt; średnica poniżej 4,1 mm – 0 pkt.

Parametr 2 - wiertło - jest bezpośrednią konsekwencją parametru 1 - minimalna średnica implantu. Oferując implant o średnicy 4,15 lub większej oczywistym jest, że do celów operacyjnych musi być zapewnione wiertło, które poszerzy otwór prowadzący do średnicy odpowiedniej do oferowanego implantu. W przeciwnym razie nie można by implantu wprowadzić lub łatwo by wypadł. Dodać należy, że wiertło rozwiercające jest standardowo dołączane do implantu w zestawie operacyjnym i nie stanowi ono odrębnego przedmiotu zamówienia. Będąc niezbędnym do wykonania operacji jest niejako „w pakiecie”, oferowane zawsze łącznie z implantem nawet jeżeli jego dołączenie nie jest wyraźnie wyartykułowane przez Zamawiającego.

Odwołujący pomija rozważania na temat zasadności wymaganych rozwiązań, gdyż to Zamawiający będąc gospodarzem postępowania ma prawo premiować pożądane jego zdaniem parametry, jednakże podwójne punktowanie tego samego rozwiązania, przy wadze 50 % dla kryterium powoduje, że jeden Wykonawca zdobędzie 10 punktów, co będzie jego zdecydowaną i realną przewagą, nie sposób więc potraktować takiego wybiegu jako zgodnego z zasadą równego traktowania wykonawców.

W kwestii podwójnej punktacji powyższych parametrów wypowiedziała się Izba w wyroku z dnia 31 maja 2011 r. sygn. KIO/1048/11: „Izba oceniła parametr (...) jako niespójny i wewnętrznie sprzeczny.

Po pierwsze: parametr ten jest nierozłącznie związany z parametrem pierwszym, co w istocie oznacza, że wykonawca oceniany jest dwa razy za to samo i w tym zakresie, w zależności od zaoferowanego produktu, może otrzymać podwójną ilość punktów lub też za dwa parametry dwukrotnie otrzyma zero punktów".

Powołując się na wewnętrzną sprzeczność i nieprecyzyjność zapisów Izba mała na uwadze fakt, że „Zamawiający wskazał, że wiertło rozwiercające ma mieć długość 3 mm lub 4 mm lub inną w zależności od oferowanych długości implantu, mimo że określił długość implantu w dwóch rozmiarach: min. 3 lub min. 4 mm, bez możliwości zaoferowania implantów o innych długościach. Ponadto zamawiający w zakresie tego parametru wymagał wiertła prowadzącego do średnicy 4.1 mm, mimo że dopuszczalne było zaoferowanie implantów o innej średnicy. Co więcej zamawiający ~ pomimo postawienia takiego wymogu - przyznawał punkty za możliwość poszerzenia otworu prowadzącego do średnicy 4,1 mm oraz za średnicę poniżej 4,1 mm, co jest samo w sobie kuriozalne, gdyż parametr wymagany miał być jednocześnie parametrem ocenianym".

Kwestionowane w niniejszym odwołaniu zapisy SIWZ są kalką wymagań innego Zamawiającego, w kwestii których wypowiedziała się Izba w przywołanym powyżej wyroku.

Mając na uwadze całokształt działań Zamawiającego, w tym rażącą zmianę wag kryteriów oceny ofert oraz wprowadzenie nowego bezwzględnie wymaganego parametru, nie sposób oprzeć się wrażeniu, że dąży on za wszelką cenę do udaremnienia konkurencyjności postępowania. W tak wąskiej i specjalistycznej branży, gdzie nie tylko jest dwóch wykonawców w Polsce, ale i dwóch producentów na świecie oferujących zbliżone rozwiązania techniczne, Zamawiający najpierw wszczynając postępowanie, następnie je modyfikując jasno i wyraźnie wskazuje, która oferta będzie najkorzystniejsza jeszcze przed ich złożeniem.

W powyższym stanie rzeczy, mając na uwadze zarzuty dotyczące zarówno opisu przedmiotu zamówienia, niewykonania wyroku KIO, znaczącego zwiększenia wag kryterium oceny ofert oraz podwójnego punktowania parametrów wniesienie niniejszego odwołania jest konieczne, gdyż tylko w ten sposób Odwołujący może bronić swoich interesów.

Pismem z dnia 22 grudnia 2011r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił Medicus Aparatura i Instrumenty Medyczne Sp. z o.o. S.K.A. ul. Powstańców Śląskich 11/1, 53-329 Wrocław.

### **Skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje**

#### **Co do posiadania interesu do wniesienia odwołania regulowanego art.179 ust.1 ustawy.**

Z przedłożonego do akt sprawy Krajowego Rejestru Sądowego spółki OTICON POLSKA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie wynika, że Odwołujący na podstawie

zakresu działalności spółki może występować na rynku dostawców urządzeń medycznych jako potencjalny wykonawca przedmiotowego zamówienia, które dotyczy dostawy implantów laryngologicznych zakotwiczonych na przewodnictwo w kości wraz z procesorem dźwięku.

W związku z tym w ocenie Izby odwołujący posiada interes do wniesienia odwołania skoro uważa, że zapisy specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz) uniemożliwiają jemu możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia.

Powyższe okoliczności czynią zadość wymaganiom określonym w art. 179 ust. 1 ustawy zgodnie z którym, środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale 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 niniejszej ustawy.

**Nakaz zmiany SIWZ wynikający z Wyroku KIO z dnia 22 października 2010 r w sprawie o Sygn. akt KIO 2189/10.**

Z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, doręczonego do akt sprawy przez zamawiającego wynika, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego wszczęto 27 września 2010 r. a w wyniku wniesionego przez odwołującego odwołania Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem z dn. 22 października 2010 r w sprawie o Sygn. akt KIO 2189/10 nakazała zamawiającemu zmianę postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Z sentencji wyroku KIO z 22.10.2010r. wynika, że odwołanie zostaje uwzględnione i nakazano zamawiającemu zmianę postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Z treści uzasadnienia wynika, że Izba stwierdziła, iż zamawiający opisując przedmiot zamówienia sprecyzował wymagania dla urządzeń w taki sposób, że spełniają je jedynie implanty produkowane przez firmę Cochlear co eliminuje produkt oferowany przez odwołującego.

Izba w uzasadnieniu wyroku między innymi stwierdziła, że nie daje wiary wyjaśnieniom zamawiającego, iż większa średnica implantu tj. 4,15 mm gwarantuje większą stabilność i pewność implantu. W związku z tym Izba uznała, że wraz ze zmianą siwz w zakresie średnicy implantu zmianie ma ulec zapis o wiertle rozwierającym o długości 3 lub 4 mm, które umożliwia poszerzenie otworu do średnicy implantu.

Z uzasadnienia wyroku wynika również, że potwierdziły się zarzuty w zakresie niewłaściwego określenia kryteriów jakościowych (w części potwierdziły się). Potwierdziły się zarzuty dotyczące kryterium kolorystyki obudowy procesora dźwięku minimum w czterech kolorach, funkcja blokowania klawiszy.

Z uzasadnienia wyroku wynika również, że Izba nakazuje Zamawiającemu modyfikację postanowień siwz w zakresie postawionych wymogów przedmiotowych poprzez ich wykreślenie bądź też takie ukształtowanie aby nie wskazywały na urządzenia konkretnego producenta w tym przypadku firmę



Cochlear oraz zapewniały uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców.

Izba potwierdziła także naruszenie ustawy przez niedopuszczenie możliwości składania ofert częściowych odrębnie dla implantów z procesorem do ubytku słuchu max. 45 dBHL i do ubytku słuchu max 55 db HL.

W odwołaniu z dnia 8 października 2010r. OTICON Polska Sp. z o.o. w podsumowaniu przedstawionych zarzutów, które uniemożliwiają złożenie oferty, na stronie 6 odwołania trzeci akapit od góry strony(...) „wnosi o nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści SIWZ poprzez uwzględnienie w wymaganych parametrach technicznych rozwiązań oferowanych przez różne firmy. Wprowadzenie zmian do opisu przedmiotu zamówienia doprowadzi do uwzględnienia zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, a także zapewni Zamawiającemu otrzymanie konkurencyjnych ofert, z których będzie mógł on wybrać najkorzystniejszą(...).

Z kolei w odwołaniu z dnia 19 grudnia 2011r. będącego przedmiotem niniejszego postępowania odwoławczego OTICON Polska Sp. z o.o. jako odwołujący na str. 3/4 ostatni akapit na stronie 3 stwierdza(...) na rynku implantów słuchowych kotwiczonych w kości będących przedmiotem niniejszego zamówienia, funkcjonują tylko dwie firmy: Spółka Medicus z Wrocławia ( oferująca implanty producenta Cochler) oraz Oticon Polska Sp. z o.o.(oferująca implanty producenta Oticon Medical AB) (...).

#### **Izba ustaliła i zważyła w zakresie zarzutu nr 1 odwołania**

Odwołujący podniósł, że na podstawie wyroku w sprawie o Sygn. akt 2189/10 zamawiający został zobligowany do modyfikacji postanowień SIWZ w taki sposób aby zapewniały uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców (pierwotnie bowiem wprost wskazywały na urządzenie producenta Cochlear. Izba nakazała również obniżenie znaczenia kryterium kolorystyki urządzenia oraz co istotne - rozdzielenie przedmiotu zamówienia pierwotnie połączonego w jeden pakiet na dwie odrębne dostawy i tym samym umożliwienie składania ofert częściowych. Podstawą takiej decyzji Izby był fakt, iż połączenie w jeden pakiet dwóch dostaw uniemożliwiłoby Odwołującemu, będącemu jednym z dwóch Wykonawców oferujących tego typu urządzenia na rynku złożenie oferty.

**Zarzut odwołania sformułowano następująco: Zamawiający nie wykonał wyroku KIO, ponieważ nie dopuścił składania ofert częściowych w przedmiotowym postępowaniu.**

Izba ustaliła, że w pierwotnym brzmieniu SIWZ Załącznik Nr 1 specyfikacja przedmiotowa przewidywała dostawę: implantów laryngologicznych zakotwiczonych na przewodnictwo kostne wraz z procesorem dźwięku w dwóch asortymentach: 1) z procesorem do ubytków słuchu max.45 dB HL w ilości 20 sztuk oraz 2) z procesorem do ubytków słuchu max.55 dB HL w ilości 10 sztuk.

W dniu 05.12.2011r. Zamawiający dokonał modyfikacji SIWZ likwidując zapis o asortymencie j.w. 20 i

10 sztuk w to miejsce wprowadził jednolity zapis: Przedmiot zamówienia: system implantów zakotwiczonych w kości – 30 sztuk. Na rozprawie Zamawiający wyjaśnił, że realizując nakaz Wyroku KIO w Załączniku nr 1 Zestawienie Parametrów Granicznych w Części 3. Procesor dźwięku wprowadzono zapis w pkt 3.2. o treści: zakres wzmocnienia procesora od min.30 do 45 dB HL lub powyżej.

Co prawda zamawiający nie dokonał wprost zmiany nakazanej wyrokiem co do podziału zamówienia na części. Niemniej w ocenie Izby skoro zlikwidował zapisy uniemożliwiające złożenie oferty odwołującemu z powodu maksymalnych ilości decybeli dopuszczając zakresy wzmocnienia decybeli od min 30 do 45 dB HL lub powyżej to przestała istnieć przeszkoda w złożeniu oferty przez odwołującego.

**Reasumując zarzut nie potwierdził się, ponieważ zmieniono asortyment, likwidując zapis „z procesorem do ubytków słuchu max.45 dBHL i z procesorem ubytków słuch max 55 dB HL na zakres wzmocnienia procesora od min. 30 do 45 dB HL lub powyżej, co jak wyżej wskazano umożliwia odwołującemu złożenie oferty.**

#### **Izba ustaliła i zważyła w zakresie zarzutu nr 2 odwołania**

**Zamawiający w Załączniku nr 1 do SIWZ wprowadził nowy, bezwzględnie wymagany parametr graniczny - możliwość bezinwazyjnego pomiaru stabilności implantów metodą RFA na wsporniku.**

**Wskazana wprost metoda służąca do pomiaru stabilności jest właściwa wyłącznie implantom firmy Cochlear, dystrybuowanym w Polsce przez Wykonawcę Medicus z Wrocławia i uniemożliwia zaoferowanie możliwości bezinwazyjnego pomiaru stabilności inną, równorzędną metodą, tak w odwołaniu podnosił odwołujący.**

Metoda RFA będąca właściwą dla implantów firmy Cochlear polega na analizie częstotliwości rezonansowej za pomocą urządzenia Osstell. Ten sam pomiar stabilności można wykonać w sposób nieinwazyjny, bez konieczności odkręcania zaczepek za pomocą urządzenia Periotest, który oferuje odwołujący. Jedynie w przypadkach uzasadnionych specyfiką przedmiotu zamówienia, gdy nie można właściwie opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń Zamawiającemu wolno użyć tzw. nazwy własnej, jednakże obligatoryjnie winien wtedy opisać rozwiązania równoważne wymaganiom. W skarżonym postępowaniu wymaganie konkretnej metody RFA właściwej jednemu Wykonawcy, bez dopuszczenia metod równoważnych udaremnia jakkolwiek konkurencję. Wykonawca oferujący inne rozwiązania nie może złożyć oferty, gdyż Zamawiający zawęził rozwiązania dostępne na rynku tylko do jednej metody. Taką argumentację przedstawił odwołujący.

Zarzut nie potwierdził się, ponieważ na rozprawie pełnomocnik zamawiającego Pan Marek Zadrożniak lekarz specjalności audiologii foniatrii 2 stopnia specjalizacji zatrudniony u zamawiającego na rozprawie oświadczył: „Odnosząc się do wyceny metody pomiaru stabilności implantów ze wskazaniem na metodę RFA to jest to nie nazwa własna związana z produktem Cochlera, ale związana generalnie z pomiarem bezdotykowym. Natomiast Periotest polega na przyłożeniu głowicy do implantu, co jest w jakimś stopniu inwazyjne i jest to metoda dotykowa w związku z tym oraz opierając się na doniesieniach naukowych z wymienionych już periodyków naukowych metoda RFA jest bardziej sugerowana”.

Wobec powyższych ustaleń zamawiający nie przyznał na rozprawie, że metoda pomiaru stabilności implantów ze wskazaniem na metodę RFA jest nazwą własną związaną z produktem Cochlera, ale stwierdził wręcz, że jest związana ogólnie z pomiarem bezdotykowym. W tym stanie rzeczy skoro odwołujący wywodzi skutki prawne z twierdzenia, że metoda pomiaru stabilności implantów ze wskazaniem na metodę RFA jest nazwą własną to w myśl art. 6 k.c. (Ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne.) powinien to wykazać. Skoro odwołujący oparł się tylko na swoim oświadczeniu, a zamawiający temu na rozprawie zaprzeczył to należy uznać, że odwołujący tego zarzutu nie udowodnił. Pomimo, iż w stanowisku na rozprawę z 30.12.2011r. pełnomocnik zamawiającego Pani Ewa Lizinkiewicz wskazała na usunięcie zapisu RFA na wsporniku” to na zadane pytanie na rozprawie do Zamawiającego wyjaśnił, że przedłożone stanowisko stanowi tylko odpowiedź na odwołanie i nie jest zmianą specyfikacji.

**Reasumując Odwołujący nie wykazał, iż wskazana wprost metoda RFA służąca do pomiaru stabilności jest właściwa wyłącznie implantom firmy Cochlear, dystrybuowanym w Polsce przez Wykonawcę Medicus Sp. z o.o. z Wrocławia i przez co uniemożliwia zaoferowanie możliwości bezinwazyjnego pomiaru stabilności inną, równorzędną metodą, ale generalnie związaną z pomiarem bezdotykowym.**

**Ponadto wobec aktualnie dostosowanego SIWZ pismem z dnia 05.12.2011r. odwołujący nie może postawić zarzutu, iż nie jest w stanie złożyć oferty.**

**Izba ustaliła i zważyła w zakresie zarzutu nr 3 odwołania**

**Kolejny podnoszony w odwołaniu zarzut dotyczy zmiany wag kryteriów oceny ofert z dotychczasowych: cena: 70%, jakość: 30%, na - cena 50%, jakość 50%. Zdaniem Odwołującego kryterium jakość ustalono na zbyt wygórowanym poziomie względem kryterium cenowego.**

Odwołujący mając powyższe na uwadze wnosi o obniżenie kryterium „jakość” do optymalnego i sprawiedliwego poziomu 17 - 18 %.

Co do zarzutu zbyt wysokiego poziomu wyceny innych niż cena kryteriów oceny ofert to Izba ustaliła

co następuje.

Pierwotne SIWZ w Cz. IV Opis kryteriów, którymi będzie się kierował Zamawiający przy wyborze oferty wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów brzmiało:

1. cena – 70%
2. jakość - 30 %.

Po zmianie dokonanej na podstawie wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 października 2010 r. w sprawie Sygn. akt KIO 2189/10 zamawiający pismem z dnia 05.12.2011r. dokonał zmiany procentowych kryteriów, którymi będzie się kierował przy wyborze oferty to jest:

1. cena -50%
2. jakość – 50 %.

Z kolei w piśmie z dnia 30.12.2011r złożonym na rozprawie stanowiącym odpowiedź na odwołanie, w którym to piśmie zamawiający częściowo uwzględnił odwołanie, zamawiający przedstawiając swoje stanowisko jest skłonny dokonać kolejnej zmiany kryteriów to jest na cena-60% i jakość-40% (...”odnośnie zarzutu zaostżenia kryteriów oceny ofert z dotychczasowych: 70%/30 na 50%/50%- Zamawiający dokonuje zmiany kryteriów na cena-60%, jakość -40%”). Niemniej zapytany na rozprawie pełnomocnik zamawiającego wyjaśnia, że odpowiedź na odwołanie nie jest zmianą siwz tylko stanowiskiem w sprawie. Przy czym odwołujący nie przyjmuje proponowanej zmiany tylko nadal domaga się zmiany kryteriów pozacenowych do poziomu 17-18 %, czyli kryterium ceny na poziomie 82 lub 83 %.

Natomiast zarówno z treści odwołania jak i z akt wyżej przywołanej sprawy KIO 2189/10 oraz przywoływanych na rozprawie wyroków w sprawach o Sygn. akt KIO 1367/11 i Sygn. akt KIO 2557/11 z udziałem odwołującego wynika, że na rynku dostaw przedmiotowych implantów działa dwóch dostawców to jest odwołujący oraz przystępujący. W związku z tym rynek dostawców ogranicza się do liczby dwóch.

Przy tak istniejącym podziale rynku uwzględniając prawo zamawiającego do ustalania nie tylko kryterium cenowego nie można jemu odmówić preferowania rozwiązań zarówno jakościowych czy technicznych jednego z dwóch produktów skoro na rynku funkcjonuje dwóch producentów, a produkt jednego z nich bardziej odpowiada jego zapotrzebowaniu.

Przy czym na rozprawie pełnomocnik zamawiającego, lekarz specjalności audiologii i foniatrii posiadający specjalizację 2 stopnia wyjaśnił, że na podstawie doświadczeń klinicznych oraz naukowych czasopism lekarskich o zasięgu międzynarodowym dokonano ustalenia ocenianych parametrów implantów z uwzględnieniem potrzeb osób, u których będzie miało zastosowanie przedmiotowych implantów, a także z uwzględnieniem osiągnięcia jak najwyższej efektywności działań lekarskich. Natomiast w ocenie Izby, odwołujący powołując się na zasady równego

traktowania i uczciwej konkurencji miał na myśli zagwarantowanie jemu odpowiedniej pozycji do uzyskania zamówienia. Powyższe wynika chociażby z oświadczenia złożonego na rozprawie o następującej treści ....” Odnośnie nowej propozycji nowego kryterium oceny ofert, tj. jakość 40, cena 60. Odwołujący stwierdza, iż w czasie przerwy dokonał przeliczeń według nowej propozycji Zamawiającego i oświadcza, że jego oferta cenowo powinna być, co najmniej niższa o 36 % w stosunku do konkurencji żeby wygrać przetarg. Oświadcza, że przy tak wyselekcjonowanych parametrach i tak jego oferta będzie tańsza niż oferta konkurencyjnej firmy MEDICUS Aparatura i Instrumenty Medyczne Sp. z o.o. S.K.A. ale jest w stanie wygrać przetarg jeżeli poziom oceny jakości będzie na poziomie 17 – 18 punktów.”

Reasumując powyższy zarzut co do ustalenia relacji pomiędzy kryterium ceny a kryterium pozacenowym, Izba nie stwierdziła naruszenia ani zasady uczciwej konkurencji, ani zasady równego traktowania wykonawców, przy jej ustaleniu przez zamawiającego (50%/50%). Jedynie na marginesie Izba wyjaśnia, że nie jest związana oświadczeniami stron w zakresie częściowego uznania odwołania, a jedynie w przypadku uwzględnienia zarzutów odwołania w całości, Izba umarza postępowanie odwoławcze w myśl art. 186 ustawy.

Poza tym odwołujący podniósł, że zasługujące dotychczas na uznanie Zamawiającego parametry, które faktycznie mogłyby mieć wpływ nie tylko na jakość urządzenia, ale i na obsługę zamówienia tj. gwarancja, możliwość dodatkowego ubezpieczenia, czas trwania serwisu, gotowość urządzenia do pracy bez komputera, możliwość podłączenia urządzeń zewnętrznych obecnie nie znajdują się w puli parametrów punktowanych.

Co do wyżej opisanej zmiany parametrów ocenianych Izba również nie ma zastrzeżeń, ponieważ zgodnie z art.91 ust.2 ustawy wybór kryteriów w granicach tego przepisu należy do zamawiającego, a ogólnikowe stwierdzenie odwołującego, że dokonano zmiany tych kryteriów nie stanowi podstawy do badania przez Izbę tak ogólnie zgłoszonej uwagi do wprowadzonych zmian przez Zamawiającego.

Izba nie podziela stanowiska odwołującego, który wnosi o obniżenie wagi kryterium mając na uwadze również tzw. wybieg Zamawiającego, polegający na jawnie podwójnym punktowaniu tego samego parametru:

1. Minimalna średnica implantu (liczona bez zaczepu i bez kołnierza): nie mniejsza niż 4,15 mm - 5 pkt; mniejsza niż 4,15 mm - 0 pkt.

oraz

2. Wiertło 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 - poszerzenie otworu prowadzącego do średnicy 4,1 mm - 5 pkt; średnica poniżej 4,1 mm – 0 pkt.

W ocenie odwołującego jest to podwójne punktowanie tego samego parametru:

1. Minimalna średnica implantu (liczona bez zaczepu i bez kołnierza): nie mniejsza niż 4,15 mm - 5 pkt; mniejsza niż 4,15 mm - 0 pkt.

oraz

2. Wiertło 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 - poszerzenie otworu prowadzącego do średnicy 4,1 mm - 5 pkt; średnica poniżej 4,1 mm – 0 pkt.

W ocenie Izby nie jest to ten sam parametr techniczny (minimalna średnica implantu a wiertło rozwiercające) chociaż są ze sobą związane. Sam Odwołujący w tym miejscu przyznaje, że to Zamawiający będąc gospodarzem postępowania ma prawo premiować pożądanego jego zdaniem parametry, jednakże nie godzi się odwołujący na „podwójne punktowanie” tego samego rozwiązania. W ocenie Izby być może jest to dyskusyjne rozwiązanie, w zakresie przyznania w taki sposób punktów (minimalna średnica implantu a wiertło rozwiercające) ale argumentacja odwołującego, nawet z przywołaniem w ocenie odwołującego wyroków KIO w „podobnych” sytuacjach, jest nieprzekonywująca. Skoro odwołujący nie dysponuje artykułem w pełni zaspakajającym potrzeby zamawiającego to nie może żądać przyznania punktów artykułowi, który oczekiwanych cech przez zamawiającego nie posiada, tylko w celu zapewnienia wygrania jemu przetargu.

Zdaniem Izby forsowanie przez odwołującego podziału kryteriów ceny i innych na 17-18% i 82-83% nie znajduje uzasadnienia w przedmiotowym postępowaniu dotyczącym zdrowia ludzkiego.

Reasumując należy podkreślić, że odwołujący nie wykazał udaremnienia konkurencyjności oraz równego traktowania wykonawców w przedmiotowym postępowaniu przez zamawiającego, który zgodnie z wyrokiem z dnia 22 października 2010r. w sprawie o Sygn. akt KIO 2189/10 dokonał pismem skierowanym do „Dyrekcji firm” w dniu 05.12.2011r. modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ)

Stąd też z uwagi na to, że zarzuty naruszenia przepisów ustawy przez dokonaną modyfikację SIWZ w dniu 05.12.2011r. nie zostały przez odwołującego wykazane Izba oddaliła odwołanie.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust.9 i 10 ustawy oraz § 3 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2010r. Nr 41, poz.238) zaliczając w poczet kosztów postępowania kwotę 15.000,00zł wniesioną jako wpis od odwołania.

**Przewodniczący:.....**