Sygn. akt: KIO 1360/12

WYROK
z dnia 12 lipca 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Luiza Łamejko

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 lipca 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 czerwca 2012 r. przez wykonawcę **Oticon Polska Sp. z o.o., Plac Trzech Krzyży 4/6, 00-499 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Wojskowy Instytut Medyczny, ul. Szaserów 128, 04-141 Warszawa**

orzeka:

1. **uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu Wojskowemu Instytutowi Medycznemu z siedzibą w Warszawie dokonanie zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu oraz Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w zakresie kryteriów oceny ofert przez obniżenie wagi kryterium Ocena techniczna do 10% przy jednoczesnym podwyższeniu wagi kryterium Cena do 90%.**

2. kosztami postępowania obciąża **Wojskowy Instytut Medyczny, ul. Szaserów 128, 04-141 Warszawa** 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 **Wojskowego Instytutu Medycznego, ul. Szaserów 128, 04-141 Warszawa** 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 (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 Warszawa-Praga w Warszawie.

Przewodniczący: ……

Sygn. akt: KIO 1360/12

Uzasadnienie

Wojskowy Instytut Medyczny w Warszawie (dalej: „zamawiający") prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę 30 implantów do leczenia głuchot przewodzeniowych i jednostronnych.

W postępowaniu tym wykonawca Oticon Polska Sp. z o.o. (dalej: „odwołujący") wniósł w dniu 29 czerwca 2012 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1) art. 7 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych (dalej: „ustawa *Pzp")* przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców przez preferowanie rozwiązań konstrukcyjnych (a nie funkcjonalnych) produktów oferowanych wyłącznie przez jednego wykonawcę,
2) art. 7 ust. 1 w zw. z art. 91 ustawy Pzp przez opisanie kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty i jej ocenie, a także

ich znaczenia na przesadnie wysokim poziomie i w sposób niestopniowalny oraz w przypadku jednego z parametrów - nieprecyzyjny i pozwalający na dowolność interpretacyjną podczas jego oceny, co w konsekwencji w nieuzasadniony sposób utrudnia uczciwą konkurencję, utrudniając odwołującemu wzięcie udziału w postępowaniu.

Odwołujący wniósł o:

1) uwzględnienie odwołania,
2) dokonanie zmiany kwestionowanych postanowień ogłoszenia o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
3) modyfikację kryteriów parametrów ocenianych w taki sposób, aby punkty były przyznawane w sposób stopniowany, uwzględniający rozwiązania równoważne, tożsame funkcjonalnie punktowanym.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podniósł, iż na rynku implantów słuchowych funkcjonują tylko dwa podmioty: firma Cochlear, reprezentowana w Polsce przez spółkę Medicus z Wrocławia oraz firma Oticon Medical AB, reprezentowana w Polsce przez spółkę Oticon Polska Sp. z o.o. Zdaniem odwołującego, zamawiający posiadając wiedzę, że na rynku istnieją dwa porównywalne, funkcjonalnie niemal identyczne produkty wyszukał kilka nieznaczących i nieistotnych z medycznego punktu widzenia różnic, aby na ich bazie

stworzyć kryteria oceny ofert, które w konsekwencji znacząco utrudniają konkurencję w postępowaniu. Wszystkie wybrane przez zamawiającego parametry punktowane są właściwe tylko i wyłącznie produktom oferowanym przez spółkę Medicus. Odwołujący zaznaczył, że wybrane do oceny przez zamawiającego parametry są nieistotne zarówno dla pacjenta, jak i lekarza wykonującego zabieg, stanowią wyłącznie różnice konstrukcyjne, nie funkcjonalne, pomiędzy oferowanymi na rynku produktami.

Rażąca, w ocenie odwołującego, jest również przyjęta dla kryterium Oceny technicznej waga na poziomie 30%. Przy tak wyeksponowanych parametrach technicznych właściwych wyłącznie jednemu wykonawcy - spółce Medicus, która ma możliwość uzyskania maksymalnej liczby punktów cząstkowych, a tym samym 30 punktów w kryterium Ocena techniczna - wykonawca ten może pozwolić sobie na zaoferowanie ceny 1,749 raza wyższej od oferty spółki Oticon Polska, a i tak uzyska zamówienie. Takie określenie kryteriów oceny ofert odwołujący uznał za narzędzie dyskryminacyjne, służące do eliminowania konkurencji w postępowaniu. Zdaniem odwołującego, zamawiający wykorzystał ustawowe narzędzie w postaci kryteriów oceny ofert, ażeby za jego pomocą wyeliminować odwołującego z możliwości uzyskania zamówienia.

Odwołujący za nieuzasadnione uznał promowanie konkretnego wykonawcy w niniejszym postępowaniu. Wskazał, iż według wielu dostępnych badań porównawczych spółka Medicus oferuje urządzenie gorzej oceniane przez pacjentów zarówno pod względem jakości słyszenia, jak i łatwości obsługi od produktu oferowanego przez odwołującego. Jako przykład odwołujący podał badanie przeprowadzone w 2009 i 2010 roku przez Departament Otolaryngologii, Chirurgii Głowy i Szyi Narodowego Szpitala Uniwersyteckiego Rigshospitalet w Kopenhadze, Dania; badanie przeprowadzone w 2009 i 2010 roku przez Radbound University Medical Centre w Nijmegen, Holandia; badanie przeprowadzone w 2010 i 2011 roku przez Ear Foundation Silverstein Institure, Sarasota, USA; badanie przeprowadzone przez Central Manchester University Hospitals NHS Foundation Trust, Manchester, Anglia.

Odnosząc się szczegółowo do kwestionowanych wymogów punktowanych dodatkowo przez zamawiającego odwołujący stwierdził:

1. Możliwość wykorzystania tego samego procesora zarówno na lewą jak i na prawą stronę (rozwiązanie symetryczne).

Zdaniem odwołującego, zamawiający zdecydował się na przyznawanie punktów za cechę urządzenia będącą jego ewidentną wadą. Odwołujący zwrócił uwagę, że dostarczane procesory są urządzeniami niejako „na zamówienie” - za każdym razem należy wybrać kolor oraz każdorazowo przed założeniem procesora należy wszczepić

implant. Ponieważ proces zrastania się implantu z kością trwa kilka tygodni, w momencie

składania zamówienia zamawiający posiada wiedzę czy procesor będzie działał na uchu lewym, czy na prawym. Nie ma zatem żadnych przeszkód, w opinii odwołującego, aby przy składaniu zamówienia, poza kolorem, wskazywać także stronę (ucho lewe lub prawe) procesora. Odwołujący oświadczył, iż opracował dedykowane procesory na ucho prawe i lewe, ponieważ wiąże się to z konkretnymi korzyściami, których zamawiający zdaje się nie dostrzegać: optymalne ułożenie wlotów mikrofonów pozwala na osiągnięcie lepszych charakterystyk kierunkowości aniżeli w urządzeniu symetrycznym, urządzenie jest bardziej ergonomiczne i estetyczne, pozbawione sierpowatego, prostopadłościennego kształtu. Co więcej, to właśnie dedykowane procesory powinny być dodatkowo punktowane. Odwołujący zauważył, że urządzenia obu firm (Oticon Medical i Cochlear) występują w wielu kolorach, co pozbawia je atrybutu uniwersalności - to pacjent wybiera kolor urządzenia i w przeciwieństwie do strony może on ulec zmianie już po zabiegu implantacji. Odwołujący wniósł o punktowanie urządzeń dedykowanych do prawego lub lewego ucha, jako rozwiązania korzystniejszego dla potrzeb słuchowych pacjenta oraz bardziej estetycznego, według następującej punktacji: procesor dedykowany do prawego lub lewego ucha: 1 pkt.; rozwiązanie symetryczne: 0,5 pkt.

2. Procesor zaczepia się wewnątrz zaczepu implantu

Odwołujący stwierdził, że premiowane rozwiązanie, właściwe wykonawcy Medicus, gdzie procesor zaczepiany jest do wewnątrz wspornika, nie wiąże się z żadnymi korzyściami zarówno dla zamawiającego, jak i jego pacjentów, gdyż odbiera pacjentom dożywotnio możliwość wyboru procesora mowy innego producenta niż Cochlear. Jednocześnie, oferowane przez odwołującego rozwiązanie Oticon Medical pozwala na podłączanie do wspornika procesorów obu firm. Odwołujący podkreślił, że sposób łączenia procesora Oticon Medical z zaczepem prezentuje nową jakość, niedostępną w produktach konkurencji. Nawet po wielu tysiącach powtórzeń zapięcia i odpięcia procesora od wspornika, siła potrzebna do odpięcia Ponto pozostaje niezmieniona. Również charakterystyka częstotliwościowa przenoszenia sygnału z procesora do implantu pozostaje niemal niezmieniona. Dodatkowo, „pływające, amortyzowane" złącze chroni komponenty procesora przed mechanicznymi urazami. Odwołujący podkreślił, iż w przypadku produktów Cochlear istnieje konieczność okresowej wymiany plastikowego łącznika, ze względu na jego zużywanie się w czasie.

W opinii odwołującego, z chirurgicznego punktu widzenia, istotniejszym parametrem, aniżeli sposób zatrzaskiwania się procesora na zaczepie jest długość zaczepu oraz jego kształt. Odwołujący wyjaśnił, iż obie firmy funkcjonujące na rynku oferują zaczepy o różnych

długościach, a dodatkowo firma Oticon oferuje zaczep kątowy (niedostępny u konkurencji). Odwołujący stwierdził, że pomimo oferowania przez Oticon większej palety rozwiązań chirurgicznych mogących mieć wpływ na odległość procesora od tkanek, zamawiający skupia się na drobnym detalu technicznym mającym marginalny (ok. 1 mm) wpływ na odległość procesora od tkanek, wobec dostępności zaczepów o długościach 6, 9 i 12 mm oraz zaczepu kątowego; zamawiający postanowił przyznać dodatkowe punkty za zaoferowanie rozwiązania niekompatybilnego z niektórymi dostępnymi na rynku procesorami, podczas gdy odwołujący jest w stanie zaoferować rozwiązanie kompatybilne ze wszystkimi dostępnymi na rynku procesorami.
Odwołujący wniósł o modyfikację kryterium punktacji w następujący sposób: zaczep kompatybilny z procesorami różnych producentów umożliwiający zatrzaskiwanie na zewnątrz lub do wewnątrz : 1 pkt.; zaczep kompatybilny z procesorami jednego producenta umożliwiający zatrzaskiwanie tylko do wewnątrz: 0,5 pkt.

3. Cała powierzchnia implantu wszczepiana w kość wykonana z tytanu zmatowionego.

Odwołujący stwierdził, że przedmiotowy parametr został przez zamawiającego opisany w sposób niejednoznaczny i budzący wątpliwości interpretacyjne. Sam pierwiastek tytanu został zdefiniowany i jest w dziedzinie chemii powszechnie znany, natomiast pojęcie „zmatowiony" nie jest precyzyjne. Odwołujący na podstawie postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie jest w stanie rozeznać, czy oferowany przez niego implant posiada powierzchnię zasługującą na przyznanie punktów przez zamawiającego czy też nie. Dodatkowe wątpliwości stwarza fakt, że rodzaj powierzchni jest tylko jednym z kilku parametrów mogących mieć wpływ na stabilność implantu i proces zrastania się z kością, i to w dodatku marginalnym. O wiele bardziej istotne parametry, jak stwierdził odwołujący,

to powierzchnia styku implantu z kością, geometria (kształt) implantu oraz inne cechy makrogeometrii implantu.
Odwołujący wniósł o wykreślenie parametru z listy parametrów punktowanych, gdyż wymóg ten nie odzwierciedla żadnej medycznie uzasadnionej potrzeby zamawiającego, a jego niedookreślenie może powodować spory podczas oceny ofert.

4. Sygnalizacja akustyczna i wizualna zmiany programów

Odwołujący podniósł, iż rozwiązanie polegające na sygnalizacji dźwiękowej i wizualnej zmiany programów w jednym urządzeniu właściwe jest wyłącznie dla urządzenia Cochlear (oferowanego wyłącznie przez firmę Medicus) i nie znajduje żadnego potwierdzenia medycznego. Urządzenie oferowane przez odwołującego posiada wyłącznie sygnalizację akustyczną zmiany programów. W opinii odwołującego, ze względu na usytuowanie procesora mowy z tyłu, za uchem, funkcja wizualnej sygnalizacji może być

przydatna jedynie dla opiekunów niemowląt, którym wszczepiono implant kostny. Zdaniem odwołującego, z uwagi na fakt, iż implanty kostne wszczepia się najwcześniej dzieciom powyżej 4-5 roku życia, to wizualna sygnalizacja zmiany programów jest niepotrzebna, gdyż w przypadku małych dzieci standardowo wyłącza się dodatkowe programy. Odwołujący wyjaśnił, że w przypadku aparatów słuchowych na przewodnictwo powietrzne przeznaczonych dla niemowląt i bardzo małych dzieci, w nielicznych modelach aparatów stosuje się wizualną sygnalizację, przy czym jej funkcją jest ciągłe sygnalizowanie stanu pracy aparatu, a nie krótkotrwałe informowanie o zmianie programów. Odwołujący zauważył również, że z opinii wielu doświadczonych audiologów dziecięcych wynika, że dzieci 4-5 letnie dobrze orientują się w sygnałach akustycznych aparatu, a ich rodzice wręcz domagają się wyłączenia sygnalizacji świetlnej, jako dodatkowego stygmatu. Ponadto, rodzic lub opiekun zawsze może sprawdzić stan pracy aparatu za pomocą dołączanego do kompletu testera (zarówno Oticon jak i Cochlear). Odwołujący stwierdził, że z uwagi na umieszczenie aparatu z tyłu, za uchem, firma Cochlear słusznie przewidziała możliwość wyłączenia sygnalizacji świetlnej.
Odwołujący wniósł o modyfikację kryterium punktowego i nadanie mu brzmienia: „sygnalizacja akustyczna i wizualna zmiany programów - 1 pkt; sygnalizacja akustyczna zmiany programów - 0,9 pkt.).

W związku z tym, że wszystkie cztery parametry oceniane są marginalne w odniesieniu do przedmiotu zamówienia i funkcji, jaką mają pełnić zamawiane urządzenia, odwołujący wniósł o obniżenie rangi kryterium „Ocena techniczna” z poziomu 30% do 10% przy jednoczesnym zwiększeniu rangi kryterium „Cena" z 70% do 90%.

Odwołujący podkreślił, że analiza postawionych przez zamawiającego wymagań wskazuje, że wszystkie punktowane przez zamawiającego rozwiązania są charakterystyczne dla firmy Cochlear, którego wyłącznym dystrybutorem jest Medicus Sp. z o.o. Co więcej, zdaniem odwołującego, zamawiający jawnie promuje niekorzystne rozwiązania, a czasem nawet wady urządzenia. Odwołujący stwierdził, że tak specyficznie postawione wymogi traktują na uprzywilejowanej pozycji jedną firmę i utrudniają złożenie konkurencyjnej oferty na bardziej zaawansowany technologicznie sprzęt wyższej klasy, a tym samym uniemożliwiają zamawiającemu wybór faktycznie najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący zwrócił uwagę, że wszystkie parametry oceniane 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 przetwarzania, czy łatwości obsługi.

Odwołujący zaznaczył, że że przedmiotem zamówienia jest dostawa gotowego, wyprodukowanego już sprzętu medycznego, dopuszczonego do użytku po przejściu skomplikowanych procedur rejestracyjnych. Wskazał, że oba istniejące na rynku urządzenia są do siebie zbliżone i trudno znaleźć uzasadnienie dla premiowania jednego kosztem drugiego. Odwołujący uznał, że działania zamawiającego są zamierzone i ewidentnie mają

na celu dyskryminację odwołującego. Dowodem na powyższe jest, zdaniem odwołującego, okoliczność, że w dwóch poprzednio prowadzonych postępowaniach na ten sam przedmiot zamówienia o wartości poniżej tzw. progów unijnych zamawiający korzystając z braku możliwości wniesienia środków ochrony prawnej świadomie dopuścił się naruszenia przepisów ustawy Pzp umożliwiając złożenie oferty wyłącznie wykonawcy Medicus, eliminując spółkę Oticon za pomocą opisu przedmiotu zamówienia.

W dniu 2 lipca 2012 r. przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca MEDICUS Aparatura i Instrumenty Medyczne Sp. z o.o. S.K.A. Izba uznała przystąpienie ww. wykonawcy za nieskuteczne stwierdzając, że zgłaszający przystąpienie nie dopełnił wymogu pisemności zastrzeżonego w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp - na ostatniej stronie przystąpienia znajduje się kopia podpisu, podczas gdy wobec wymogu pisemności przystąpienia, dla skuteczności przystąpienia wymagany jest własnoręczny podpis osoby uprawnionej do składania oświadczeń w imieniu zgłaszającego przystąpienie (art. 78 kc).

Pismem z dnia 10 lipca 2012 r. zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie i obciążenie odwołującego kosztami postępowania.
Za nieprawdziwe uznał zamawiający twierdzenie odwołującego o braku możliwości złożenia przez niego oferty w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a tym samym o pozbawieniu odwołującego możliwości uzyskania zamówienia oraz zawarcia umowy. Zamawiający stwierdził, iż w opisie przedmiotu zamówienia nie zawarł żadnych ograniczeń co do możliwości złożenia oferty, zarówno przez Oticon, jak i Medicus. Takie stanowisko potwierdza, zdaniem zamawiającego, postawa odwołującego, który wniósł odwołanie jedynie w odniesieniu do punktowanego kryterium jakości. Zamawiający podkreślił, że ustalenie kryterium jakości na poziomie 30% i ceny na poziomie 70% nie jest sprzeczne z ustawą Pzp i daje realną możliwość konkurowania obu ww. firm.

Na potwierdzenie powyższego zamawiający złożył informację z otwarcia ofert z dnia 25 maja 2012 r. oraz ogłoszenie o udzieleniu zamówienia o nr 128985-2012 z dnia 13 czerwca 2012 r. Dowody powyższe wskazują, jak zauważył zamawiający, że różnice pomiędzy odwołującym a firmą Medicus wynoszą 75% (odpowiednio 15 120 PLN i 26 460 PLN). Z powyższego zamawiający wywiódł, iż odwołujący nawet w przypadku uzyskania przez wykonawcę konkurencyjnego maksymalnej oceny w kryterium jakościowym i nie otrzymania za to kryterium punktów przez odwołującego uzyskałby przedmiotowe zamówienie w przypadku złożenia identycznych jak w ww. postępowaniu ofert.

Zdaniem zamawiającego, żądania odwołującego zmierzają w rzeczywistości jedynie do zapewnienia mu większej szansy na uzyskanie zamówienia. W obecnej sytuacji, jak stwierdził zamawiający, szanse obu wykonawców są takie same, a w przypadku zmiany kryteriów, o co wnosi odwołujący, oferując produkt tańszy i gorszy jakościowo odwołujący uzyskałby przedmiotowe zamówienie.

Odnosząc się kolejno do kwestionowanych przez odwołującego wymogów zamawiający stwierdził:

1. Możliwość wykorzystania tego samego procesora zarówno na lewą jak i na prawą stronę (rozwiązanie symetryczne).

Zamawiający wskazał, że urządzenie symetryczne pozwala na swobodne dokonywanie wyboru strony operowanych chorych. Jest to istotne w szczególności w sytuacji, gdy pacjent, który kwalifikował się do zabiegu zostaje z niego zdyskwalifikowany; implant symetryczny można zastosować u każdego pacjenta, niezależnie od strony ubytku słuchu. Mając w posiadaniu implant symetryczny zamawiający nie jest zmuszony do czekania na chorego do implantacji lewo- czy prawostronnej, ale to implant czeka na każdego chorego.

Zamawiający wyjaśnił, że producenci różnych rodzajów systemów na przewodnictwo kostne stosują różny kształt obudowy, różne umiejscowienie mikrofonów. Wloty mikrofonów w procesorach Ponto/PontoPro/Ponto Pro Power firmy Oticon mają symetryczny układ mikrofonów – w poziomie. Mikrofony znajdują się wewnątrz obudowy, co charakteryzuje również wszystkich innych producentów. Trudno jest, zdaniem zamawiającego, stwierdzić, czy dany układ mikrofonów jest właściwy, optymalny czy najlepszy, gdyż za sprawne

działanie systemu mikrofonów kierunkowych odpowiada wbudowany procesor DSP analizujący dźwięk i zaawansowane algorytmy obróbki sygnału.

Zamawiający uznał, że ocena dotycząca estetyki jest oceną subiektywną. Ponadto, zamawiający wskazał, że system umieszczany jest za uchem pod włosami i urządzenie nie jest widoczne dla osób postronnych. Kształt i jego ocena jest elementem wtórnym,

najważniejsze są funkcje użytkowe i stosowne zabezpieczenia przed czynnikami zagrażającymi trwałości urządzenia.

2. Procesor zaczepia się wewnątrz zaczepu implantu

Zamawiający zwrócił uwagę, iż producenci proponują różne sposoby łączenia – zatrzask, klips, magnes i in. Dla lekarza istotna jest wielkość zatrzasku, co wiąże się z osobniczymi różnicami w grubości skóry. Różnica 1 mm w wysokości wspornika może stanowić o zmniejszeniu podrażnienia skóry i jej wtórnych zakażeń. Również zaczepianie procesora wewnątrz zaczepu nie powoduje dodatkowego drażnienia skóry. Wspornik kątowy, jak wyjaśnił zamawiający, wydaje się być tylko marketingowym chwytem, a w zasadzie stanowić może wyłącznie awaryjne rozwiązanie dla chirurgów, którzy krzywo wkręcą implant niezgodnie z procedurą. Zamawiający podał, iż możliwości zmiany wspornika towarzyszy konieczność dokonania zakupu nowego wspornika. Ponadto, każdorazowej zmianie wspornika towarzyszy ryzyko zakażenia biofilmem implantu, czego konsekwencje mogą być trudne do przewidzenia. Wzrost długości wspornika powinien mieć uzasadnienie medyczne i być dobrze przemyślany, ponieważ wraz ze zmianą długości rośnie siła, z jaką oddziałuje pacjent na implant – efekt dźwigni; u pacjentów z niską jakością kości dojść może do naruszenia struktur kostnych, a co za tym idzie, do utraty implantu.

Odnosząc się do stwierdzenia odwołującego o niekompatybilności zamawiający uznał, że każdy producent ma prawo stworzyć połączenie lub adapter zgodny z innymi. Wskazał, że dokonane w minionych 30 latach modyfikacje kształtów wsporników, implantów czy samych procesorów miały na celu uzyskanie najlepszych parametrów akustycznych i bezpieczeństwa. Redukcja o 16% powikłań skórnych względem starej generacji wsporników to ogromny krok naprzód w technologii implantowanych systemów na przewodnictwo kostne - prowadzone na ten temat badania w licznych ośrodkach i publikowane prace badawcze potwierdzają bezpieczeństwo tego rozwiązania. Zamawiający wskazał, że żaden inny dostawca nie zapewnia pełnej kompatybilności z zaczepem i procesorem firmy Oticon.

3. Cała powierzchnia implantu wszczepiana w kość wykonana z tytanu zmatowionego.

Zamawiający stwierdził, że obecnie możliwe jest zamówienie wielu podtypów implantów. Z dostępnej literatury fachowej wiadomo, że im większa powierzchnia kontaktu, tym większa stabilność. Zmatowienie powierzchni oznacza wzrost kontaktu o 40%. Gwarantuje to lekarzowi możliwość szybkiego protezowania, również w przypadku trudnych pacjentów – tj. po radioterapii, z osteoporozą lub z innymi schorzeniami kości. Zamawiający wyjaśnił, iż stara technologia stosowana w implantach typu BAHA opierała się o implanty Branemarka, których obciążenia powinno się odbywać po 12 tygodniach od zabiegu nawet

u zdrowego pacjenta.

4. Sygnalizacja akustyczna i wizualna zmiany programów

Zamawiający podkreślił, że dobro pacjenta jest bezwzględną wartością. Wyjaśnił, iż pacjent posiadający wskazanie do implantu na przewodnictwo kostne to osoba niedosłysząca w stopniu co najmniej średnim. Gdy nie ma ona założonego procesora, nie jest ona w stanie sprawdzić czy takie urządzenie działa. Nawet jeśli urządzenie wydawałoby sygnał dźwiękowy, pacjent tego po prostu nie usłyszy, dopóki nie będzie miał procesora założonego na głowie. Zamawiający uzasadniał, że wśród pacjentów implantowanych są osoby starsze lub w wieku podeszłym, zwykle z pewnymi ograniczeniami psychoruchowymi, które nie są w stanie same dokonać zmiany programów. Osoby te muszą prosić inną osobę o pomoc przy zmianie programów. Sygnalizacja wizualna i akustyczna, a nie tylko akustyczna w znacznym stopniu ułatwia, w opinii zamawiającego, kontrolę dokonanej zmiany zarówno przez samego pacjenta, jak i osobę mu w tym pomagającą.

Zamawiający ponadto zwrócił uwagę na okoliczność, iż literatura fachowa dotycząca

porównania systemów dotyczy wyłącznie porównania procesorów dźwięku. Z lektury publikacji wynika, że urządzenia pod względem audiologicznym są bardzo zbliżone i różnice, jakie się pojawiają dotyczą funkcjonalności. Zdaniem zamawiającego, promocja, jaką widać w wykonaniu odwołującego opiera się na założeniu, że wszystko, czego nie posiana procesor oferowany przez odwołującego jest złe i zbędne, przy czym w literaturze, poza stwierdzeniem o preferencji bardzo ograniczonej grupy pacjentów odnośnie wyglądu urządzenia, brak jest dowodów świadczących o bezwzględnej wyższości procesorów Ponto pro nad innymi.

Odnosząc się do żądania odwołującego, aby kryteria oceniane były w sposób stopniowalny zamawiający wyjaśnił, iż nie miał możliwości w kryterium jakości inaczej określić stopniowania, jak na zasadzie spełnia – 1 pkt, nie spełnia – 0 pkt.

Zamawiający stwierdził, że zarówno sposób oceny ofert, jak i same kryteria zostały opisane w sposób precyzyjny i nie pozostawiający żadnych wątpliwości co do sposobu ich oceny.

Zamawiający wyjaśnił, iż jest wiodącą placówką medyczną, wdrażającą najlepsze i najnowocześniejsze rozwiązania. Swoją ugruntowaną pozycję na rynku medycznym zawdzięcza najlepiej wykwalifikowanej kadrze i przekonaniu, że najwyższym dobrem społecznym jest dobro pacjenta. Zamawiający podał, że dokłada wszelkich starań, by oferowane przez niego usługi medyczne były świadczone na najwyższym poziomie, z zastosowaniem najlepszych materiałów, dlatego nie może zgodzić się z zarzutami

odwołania podyktowanymi wyłącznie jednostronnym i nieprofesjonalnym widzeniem tej problematyki związanej bezpośrednio ze standardami leczenia przez odwołującego.

Na rozprawie strony podtrzymały dotychczas prezentowane stanowiska.

Izba dokonała następujących ustaleń:

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 23 czerwca 2012 r. pod nr 2012/S 119-197089.

Zamawiający jako kryteria oceny ofert ustanowił Cenę nadając wagę 70% oraz Ocenę techniczną z wagą 30% (pkt XIII.1 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia). Zamawiający zaznaczył, że ocena techniczna dokonana będzie z uwzględnieniem punktacji określonej w arkuszu informacji cenowo-techniczno-eksploatacyjnej (Załącznik nr 3 do Specyfikacji) oraz ważności kryterium Ocena techniczna.

W pkt XIII.4 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zamawiający określił, iż przyznanie odpowiedniej liczby punktów odbywać się będzie wg zasady, że parametr wymagany, określony w arkuszu informacji cenowo-techniczno-eksploatacyjnej (Załącznik nr 3 do Specyfikacji) w części „oferta techniczna" w formie:
- tak/nie – otrzyma za „tak" 1 pkt; za „nie" 0 pkt (nie spełnienie tego warunku nie spowoduje odrzucenie oferty),
- tak – spełnienie tego warunku jest wymagane (jego niespełnienie spowoduje odrzucenie oferty).

Jako wymogi, których niespełnienie nie powoduje odrzucenia oferty, zamawiający ustanowił w pozycjach 42 – 45 Załącznika nr 3 do Specyfikacji:
- procesor zaczepia się wewnątrz zaczepu implantu,
- sygnalizacja akustyczna i wizualna zmiany programów,
- cała powierzchnia implantu wszczepiana w kość wykonana z tytanu zmatowionego,
- możliwość wykorzystania tego samego procesora zarówno na lewą jak i na prawą stronę (rozwiązanie symetryczne).

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a w szczególności treść Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia oraz Załącznika nr 3 do Specyfikacji, a także stanowiska stron postępowania odwoławczego zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu rozprawy, zważyła co następuje.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Zakres zarzutów, w sytuacji ich potwierdzenia się, wskazuje na pozbawienie odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji, narażając go tym samym na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody.

W ocenie Izby, zamawiający wykazał w dostateczny sposób przydatność czterech preferowanych funkcjonalności uzasadniając je dbałością o zdrowie pacjentów (wymogi ujęte w pkt 42, 44, 45 Załącznika nr 3 do Specyfikacji) czy też ułatwieniem pacjentom korzystania z implantów (pkt 43 Załącznika nr 3 do Specyfikacji). Izba uznała, że zamawiający jest uprawniony do opisania swoich potrzeb, a przy tym potrzeb pacjentów, jako użytkowników przedmiotu zamówienia, w taki sposób, aby przedmiot zamówienia w najwyższym stopniu zaspokajał jego potrzeby. Nie sposób odmówić zamawiającemu zasadności takiego działania – zamawiający przedstawił szereg twierdzeń potwierdzających zasadność przyjętych przez siebie rozwiązań. Jednocześnie odwołujący, zobowiązany na podstawie art. 6 kc do udowodnienia twierdzeń, z których wywodzi skutki prawne, nie wykazał, że funkcjonalności oferowanego przez odwołującego rozwiązania wiążą się z większymi korzyściami dla zamawiającego i pacjentów. W przypadku wymogu „Sygnalizacja akustyczna i wizualna zmiany programów" odwołujący wręcz uznał, że oferowane przez niego urządzenie zasługuje na mniejszą liczbę punktów niż urządzenie oferowane przez konkurencyjnego wykonawcę. Odwołujący nie wykazał również w sposób dostateczny, że korzystnym dla zamawiającego byłoby poddanie ocenie innych parametrów.

Rozpoznając przedmiotową sprawę w zakresie uprawnienia zamawiającego do ustanowienia kwestionowanych przez odwołującego wymogów Izba miała na uwadze okoliczność, iż zamawiający nie ustalił spornych wymogów jako niezbędnych do spełnienia, aby oferta mogła być uznana za zgodną z treścią specyfikacji, a ujął je jedynie jako wymogi dodatkowo punktowane. Co za tym idzie, dokonany przez zamawiającego opis nie uniemożliwia odwołującemu złożenia oferty, nie eliminuje odwołującego z udziału w postępowaniu, a jedynie sprawia, iż odwołujący będzie musiał konkurować z pozostałymi

wykonawcami w innym kryterium – w tym przypadku kryterium ceny. Tym samym, trudność czy nawet brak możliwości spełnienia przez odwołującego kwestionowanych wymogów nie jest wystarczająca do uznania, że zamawiający precyzując je w treści specyfikacji naruszył zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

Izba uznała za niezasadne również twierdzenia odwołującego o konieczności stopniowania punktacji. Zamawiający postanowił przyznać po 1 pkt za spełnienie każdego z czterech spornych wymogów. W ocenie Izby, charakter spornych wymogów nie pozostawia możliwości stopniowania punktów. Izba uznała, że ustanowione przez zamawiającego wymagania podlegające ocenie mają charakter mierzalny, jasno opisany, nie pozwalający na subiektywną ocenę.

Jednocześnie, z uwagi na możliwość spełnienia spornych wymogów przez jednego wykonawcę (co nie zostało zaprzeczone przez zamawiającego), jak też z uwagi na okoliczność, iż kwestionowane wymogi nie mają zasadniczego znaczenia dla działania implantów, a stanowią w większości jedynie dodatkowe zalety mające wpływ na ich funkcjonalność czy wygodę pacjentów, Izba uznała za zasadne obniżenie wagi kryterium technicznego do 10%. Podkreślić przy tym należy, iż co do zasady ustanowienie kryterium oceny technicznej w postępowaniu jest działaniem prawidłowym, jednak w niniejszej sprawie, wobec możliwości spełnienia spornych kryteriów przez jednego tylko wykonawcę, jak też marginalnego znaczenia spornych parametrów dla jakości odbierania dźwięków, co stanowi podstawowe zadanie implantu słuchowego, Izba uznała, że pozostawienie wagi kryterium technicznego na poziomie 30% naruszałoby podstawowe zasady zamówień publicznych wyrażone w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Izba nie kwestionuje przy tym prawa zamawiającego do ustanowienia takich kryteriów oceny ofert, które są niezbędne do dokonania wyboru oferty w największym stopniu spełniającej jego oczekiwania. Takie uprawnienie zamawiającego wynika z art. 91 ust. 2 ustawy Pzp. Jednakże swoboda w ustalaniu kryteriów doznaje ograniczeń w kontekście zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Za ograniczenie konkurencji należy uznać bowiem sytuację, w której dany wykonawca co prawda może złożyć ważną i odpowiadającą specyfikacji ofertę, jednak oferta ta w świetle ustanowionych wymogów podlegających punktacji nie będzie mogła

realnie konkurować z ofertą innego wykonawcy. Dopuszczalny stopień ograniczenia dostępu do zamówienia może jednak rosnąć wraz ze wzrostem znaczenia i wagi potrzeb zamawiającego, które tego typu ograniczenia będą dyktować i uzasadniać. Uwzględnienie przez Izbę przedmiotowego zarzutu skutkuje koniecznością zmiany ogłoszenia o zamówieniu oraz treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie ustanowionych kryteriów oceny ofert przez obniżenie wagi kryterium Oceny technicznej do 10% przy jednoczesnym podwyższeniu wagi kryterium Ceny do 90%.

Izba nie wzięła pod uwagę złożonych przez zamawiającego i odwołującego dokumentów dotyczących innych postępowań o zamówienie publiczne – wymogi stawiane przez zamawiającego w innych postępowaniach czy też warunki cenowe oferowane uprzednio przez odwołującego w postępowaniach na zakup innych urządzeń nie mają znaczenia dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy.

Podobnie, Izba za nieistotne dla rozstrzygnięcia stawianych zarzutów uznała fragment wyników badań złożonych przez odwołującego do akt sprawy, bowiem badania te dotyczą implantów dentystycznych, a odwołujący nie wykazał, iż mogą one mieć bezpośrednie przełożenie na wymogi dotyczące implantów laryngologicznych.

Mając na uwadze powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), tj. stosownie do wyniku postępowania. Izba uwzględniła wniosek odwołującego o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3 600,00 PLN, zgodnie z przedłożonym rachunkiem.

Przewodniczący: ……