

WYROK

z dnia 11 marca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Luiza Łamejko

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 marca 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 lutego 2013 r. przez wykonawcę **Oticon Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Pl. Trzech Krzyży 4/6, 00-499 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Wojewódzki Szpital Dziecięcy im. J. Brudzińskiego w Bydgoszcy, ul. Chodkiewicza 44, 85-667 Bydgoszcz**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu Wojewódzkiemu Szpitalowi Dziecięcemu im. J. Brudzińskiego w Bydgoszcy wprowadzenie zmian postanowień Załącznika nr 2 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia w ramach Pakietu nr 2 w sposób zgodny z art. 29 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych i zapewniający zachowanie zasady uczciwej konkurencji poprzez usunięcie następujących postanowień:
 - 1.1. postanowienia pkt 1.1 Załącznika nr 2 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia Pakiet nr 2 o treści: „z powierzchnią umiarkowanie zmatowioną” oraz „powierzchnia wspornika pokryta hydroksyapatytem”,
 - 1.2. postanowienia pkt 3.4 Załącznika nr 2 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia Pakiet nr 2 o treści: „i wizualna”,
 - 1.3. postanowienia pkt 3.12 Załącznika nr 2 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia Pakiet nr 2 o treści: „Procesor posiada włącznik/wyłącznik pracy urządzenia (przycisk)”,
2. kosztami postępowania obciąża **Wojewódzki Szpital Dziecięcy im. J. Brudzińskiego w Bydgoszcy, ul. Chodkiewicza 44, 85-667 Bydgoszcz** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Oticon Polska**

Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Pl. Trzech Krzyży 4/6, 00-499 Warszawa tytułem wpisu od odwołania,

- 2.2.** zasądza od **Wojewódzkiego Szpitala Dziecięcego im. J. Brudzińskiego w Bydgoszczy, ul. Chodkiewicza 44, 85-667 Bydgoszcz** na rzecz wykonawcy **Oticon Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Pl. Trzech Krzyży 4/6, 00-499 Warszawa** kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Wojewódzki Szpital Dziecięcy im. J. Brudzińskiego w Bydgoszczy (dalej: *zamawiający*) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę implantów słuchowych dla dzieci. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 20 lutego 2013 r. pod nr 2013/S 036-057040.

W postępowaniu tym wykonawca Oticon Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, (dalej: *odwołujący*) wniósł w dniu 25 lutego 2013 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie zarzucając zamawiającemu naruszenie:

- art. 29 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (dalej: *ustawa Pzp*) przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób nadmiernie rygorystyczny, a przez to bezpodstawnie uniemożliwiający odwołującemu złożenie oferty i ubieganie się o udzielenie zamówienia,
- art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał, że w branży 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. (pozostałe produkty funkcjonujące na rynku o podobnym przeznaczeniu są na tyle istotnie odmienne konstrukcyjnie, że nie mogą być zaoferowane w niniejszym postępowaniu). Jak wskazał odwołujący, w niniejszym postępowaniu zamawiający wymaga w Załączniku nr 2 „Parametry techniczne i inne wymagania” - Pakiet nr 2 trzech parametrów, które bezpośrednio wskazują na konkretny produkt - implanty BIA400 (implant BI300 z zaczepem BA400) Cochlear z procesorami BP100.

Odwołujący stwierdził, że postanowienie z punktu 1.1, gdzie zamawiający wymaga, aby implant tytanowy posiadał powierzchnię umiarkowanie zmatowioną oraz aby powierzchnia wspornika była pokryta hydroksyapatytem stanowi wskazanie na implant Cochlear BI300 ze wspornikiem (zaczepem) BA400. W ocenie odwołującego, zamawiający może uzasadniać wymóg posiadania przez implant powierzchni zmatowionej chęcią wyboru rozwiązania, które zapewni jak najlepszą stabilność implantu w kości skroniowej. Takie uzasadnienie, w opinii odwołującego, nie znajduje jednak potwierdzenia w dostępnych źródłach medycznych i stanowi jedynie próbę uniemożliwienia złożenia oferty odwołującemu, którego produkt zapewnia wysoką stabilność przez zastosowanie innych, równie skutecznych rozwiązań.

Odwołujący wskazał, że na stabilność implantu, poza typem zastosowanej powierzchni, nie mniejszy wpływ ma szereg innych czynników, takich jak:

- szerokość/średnica implantu - im implant szerszy, tym stabilniejszy (odwołujący oferuje implanty o większej szerokości - 4,5mm, podczas gdy spółka Medicus o szerokości 4,475 mm),
- szerokość otworu, w którym implant jest osadzany - im mniejszy otwór, tym większa stabilność (pomimo większej szerokości, oferowany przez odwołującego implant wkręcany jest w otwór o średnicy 3,75mm, podczas gdy implant konkurencyjny wkręcany jest w otwór o średnicy 4,1mm),
- geometria zastosowanego gwintu (powierzchnia tnąca, ilość zwoi, ich gęstość itp.).

Zdaniem odwołującego, wymóg dostarczenia wspornika pokrytego cienką warstwą hydroksyapatytu nie może być przejrzysto umotywowany. Odwołujący podniósł, że wsporniki takie stanowią nowość na rynku implantów słuchowych zakotwiczonych, korzyści z ich zastosowania nie są oczywiste. Na odsetek powikłań skórnych poza materiałem, z którego wykonany jest zaczep, mają wpływ także inne parametry implantu takie jak geometria zaczepu i kołnierza implantu, oraz użyta podczas zabiegu technika chirurgiczna.

Odwołujący podkreślił, iż oferuje rozwiązanie z jednej strony innowacyjne, poprawiające stabilność implantu (technologia Optigrip™ dzięki unikalnym właściwościom tnącym pozwala na wkręcenie szerszego implantu w mniejszy otwór, co zapewnia większą powierzchnię styku implantu z kością o 10% w stosunku do konkurencji oraz konieczność usunięcia o 27% mniejszej ilości kości niż u konkurencji), a z drugiej strony - rozwiązanie dobrze sprawdzone i bezpieczne - tytanowe implanty wszczepiono jak dotąd ponad 80 000 pacjentów na całym świecie. W ocenie odwołującego, drobne różnice techniczne w konstrukcji zbliżonych do siebie produktów, jednakowo zapewniające spełnienie pożądanej funkcjonalności, nie powinny stanowić sposobu na eliminację jednego z dwóch dostawców z postępowań przetargowych.

Odwołujący zauważył, że zawarte w punkcie 3.4 wymaganie, aby procesor dźwięku posiadał sygnalizację akustyczną i wizualną zmiany programów jest rozwiązaniem właściwym wyłącznie dla urządzenia Cochlear BP100/110 (oferowanego wyłącznie przez firmę Medicus) i nie znajduje żadnego potwierdzenia medycznego. Urządzenie oferowane przez odwołującego posiada wyłącznie sygnalizację akustyczną. Odwołujący wskazał, że sygnalizacja wizualna to nic innego jak migająca lampka, która krótko świeci przy włączaniu urządzenia i miga podczas zmiany programu. Jest to marginalna funkcjonalność, nie mająca zupełnie wpływu na jakość, możliwość słyszenia. Co więcej, w środowisku medycznym zalecane jest wręcz odłączenie sygnalizacji wizualnej, jako dodatkowego stygmatu, bowiem migająca lampka przyciąga uwagę innych, a w przypadku dzieci powoduje, że rówieśnicy interesują się świeceniem urządzenia i dążą do wzięcia go do ręki. Dlatego w urządzeniu oferowanym przez spółkę Medicus przewidziano możliwość wyłączenia sygnalizacji świetlnej. Odwołujący podkreślił, że podstawową formą komunikacji urządzenia z pacjentem zawsze pozostaje sygnalizacja akustyczna, a sygnalizacja wizualna stanowić może jedynie uzupełnienie.

Odwołujący zwrócił uwagę, że urządzenie firmy Cochlear sygnalizuje wizualnie wybraną stronę przez kilka sekund od uruchomienia, zmianę programu poprzez mignięcie lampki tyle razy, ile wynosi numer

wybranego programu (1, 2 lub 3), zablokowanie przycisków, oraz rozładowanie baterii (trzykrotnie dwa mignięcia na około godzinę przed rozładowaniem). Ze względu na usytuowanie procesora mowy z tyłu, za uchem, funkcja wizualnej sygnalizacji może być przydatna jedynie dla opiekunów niemowląt, którym by wszczepiono implant kostny. Ponieważ implanty kostne wszczepia się najwcześniej dzieciom powyżej 4-5 roku życia, to wizualna sygnalizacja zmiany programów jest, w ocenie odwołującego, niepotrzebna, gdyż w przypadku małych dzieci standardowo wyłącza się dodatkowe programy. W przypadku aparatów słuchowych na przewodnictwo powietrzne przeznaczonych dla niemowląt i bardzo małych dzieci, w nielicznych modelach aparatów stosuje się wizualną sygnalizację, przy czym jej funkcją jest ciągle sygnalizowanie stanu pracy aparatu, a nie krótkotrwałe informowanie o zmianie programów.

Jak wynika z opinii wielu doświadczonych audiologów dziecięcych, dzieci 4-5 letnie świetnie orientują się w sygnałach akustycznych aparatu, a ich rodzice wręcz domagają się wyłączenia sygnalizacji świetlnej, jako dodatkowego stygmatu. Odwołujący dodał, że rodzic lub opiekun zawsze może sprawdzić stan pracy aparatu za pomocą dołączanego do kompletu testera (zarówno Oticon jak i Cochlear), dlatego trudno zgodzić się, w opinii odwołującego, że jest to funkcja aż tak istotna. Lampka w urządzeniu BP100 Cochlear nie sygnalizuje stanu działania urządzenia - potwierdza jedynie fakt dokonania zmian ustawienia programu. Odwołujący zauważył przy tym, że w przypadku małych dzieci najczęściej ustawia się jeden program działania, ponieważ małe dziecko nie potrafi świadomie wybierać programów odpowiednich do sytuacji. Zdaniem odwołującego, z uwagi na to, że aparat jest umieszczony z tyłu, za uchem, firma Cochlear słusznie przewidziała możliwość wyłączenia sygnalizacji świetlnej. Dźwięki sygnalizacji akustycznej w sytuacji, gdy procesor mowy jest zdjęty można odsłuchać za pomocą standardowo dostarczanego przyrządu (testera). Za niczym nieuzasadnione odwołujący uznał bezwzględne wymaganie kontrowersyjnego, w praktyce niestosowanego rozwiązania, którego wprowadzenie do postanowień specyfikacji powoduje monopol jednego z dwóch istniejących na rynku wykonawców.

Zdaniem odwołującego, stawiając w punkcie 3.12 wymaganie, aby urządzenie posiadało włącznik/wyłącznik pracy urządzenia (przycisk), za pomocą którego możliwe jest wyłączenie urządzenia bez zużywania baterii w tym czasie oraz jego ponowne włączenie zamawiający wskazuje na procesor Cochlear BP100/110 oferowany przez firmę Medicus, który posiada przycisk „włącz/wyłącz”. Odwołujący wskazał, że oferowane przez odwołującego urządzenie może być wyłączone na dwa sposoby: za pomocą obrotowej komory baterii lub wprowadzone w stan wyciszenia za pomocą przytrzymania przycisku programów (wówczas aktywne funkcje są wyłączone, urządzenie pobiera minimalną ilość energii, a ponowne naciśnięcie przycisku uruchamia urządzenie). Odwołujący wyjaśnił, iż rozwiązanie polegające na wyłączeniu urządzenia przez uchYLENIE komory baterii jest zaczerpnięte z aparatów słuchowych i uwzględnia:

- łatwość obsługi - niezwykle proste jest wyłączenie urządzenia poprzez odłączenie zasilania z baterii (w badaniu porównawczym „*Comparison of two newly introduced bone anchored hearing instruments in first-time users (Updated September 2010)*” przeprowadzonym w 2010 r. przez Departament Otolaryngologii, Chirurgii Głowy i Szyi Narodowego Szpitala Uniwersyteckiego Rigshospitalet w Kopenhadze aż 83% pacjentów oceniło procesor Cochlear BP100 jako trudny

w obsłudze, natomiast aż 92% pacjentów oceniło procesor Oticon Ponto Pro jako łatwy w obsłudze, zatem wyniki niezwykle jasnowskazują, które urządzenie zostało zaprojektowane w bardziej przemyślany i ergonomiczny sposób);

- ogromną korzyść z otwarcia komory baterii na dłuższy czas nie używania urządzenia, co zapewnia wentylację i osuszanie wnętrza urządzenia, zapobiega korozji i wydłuża czas życia urządzenia, zmniejsza ilość napraw związanych z korozją styków i ścieżek, itp.,

- zmniejszenie rozładowania baterii w czasie nie używania urządzenia - powszechnie stosowane baterie powietrzno-cynkowe muszą pobierać tlen z otoczenia, aby działać - wiąże się to z wytwarzaniem gazów przez baterię (ograniczenie ich ilości wpływa dodatnio na czas bezawaryjnej pracy całego urządzenia);

- generalnie stosowaną zasadę, aby urządzenia elektroniczne zasilane z baterii mogły być łatwo wyłączane/włączane,

- łatwość wizualnej oceny czy urządzenie zostało wyłączone.

Odwołujący podkreślił, że w rozwiązaniu przyjętym przez Oticon i wszystkich liczących się producentów aparatów słuchowych, wyłączenie pracy urządzenia, na przykład na noc, wymusza otwarcie komory baterii. W rozwiązaniu konkurencyjnym (Cochlear/Medicus) byłoby to dość trudne ze względu na konieczność wykonania dwóch operacji: zdjęcia pokrywy baterii z uszczelnieniami, wyjęcia baterii z komory baterii. Ponieważ pokrywa jest specjalnie uszczelniana i każdy z użytkowników ma świadomość okresowej konieczności jej wymiany wraz z uszczelnieniami, o czym jest informowany w instrukcji (znaczny koszt), to można spodziewać się, w opinii odwołującego, co najmniej wstrzeźliwości przed wyjmowaniem baterii na noc, co jednakże zaleca instrukcja.

Reasumując odwołujący wskazał, że włączenie/wyłączenie procesora mowy Oticon Ponto może odbyć się na dwa sposoby:

1. Za pomocą włącznika/wyłącznika, którego rolę pełni obrotowa komora baterii.

Poprzez uchylenie i zatrzaśnięcie drzwiczek komory baterii urządzenie włącza się i wyłącza. Jest to sprawdzone rozwiązanie konstrukcyjne stosowane powszechnie w milionach aparatów słuchowych. Komora baterii jest skonstruowana w taki sposób, że nawet przy częściowym uchyleniu drzwiczek urządzenie może być noszone na uchu. W Podręczniku Użytkownika wyraźnie zaznaczono, że „wystarczy częściowo otworzyć komorę baterii, co zapobiega wypadnięciu baterii”. Rozwiązanie oferowane przez odwołującego z pewnością spełnia wymóg całkowitego wyłączenia urządzenia poprzez odcięcie zasilania.

2. Za pomocą przycisku zmiany programów, który poza funkcjonalnością zmiany programów pełni rolę włącznika/wyłącznika urządzenia.

Przytrzymanie przycisku przez ponad 2 sekundy powoduje wyciszenie urządzenia polegające na wyłączeniu aktywnych funkcji, natomiast ponowne naciśnięcie uruchamia urządzenie. W trybie wyciszenia urządzenie pobiera minimalną ilość energii z baterii. Rozwiązanie to jest funkcjonalnie tożsame do zastosowanego przez firmę Cochlear przełącznika włącz/wyłącz. Argument o konieczności ograniczenia poboru energii jest w tym przypadku nietrafiony, bowiem utrudnienie dostępu

powietrza do baterii zamkniętej pod uszczelnioną pokrywą, jak w aparacie oferowanym przez Medicus, może bardziej ograniczyć czas życia baterii niż niewielkie zużycie prądu podczas krótkiego wyciszenia urządzenia Oticon.

Ponad wszelką wątpliwość, zdaniem odwołującego, wymóg zaoferowania urządzenia posiadającego włącznik/wyłącznik w postaci przycisku jest wskazaniem konkretnego rozwiązania technicznego. Odwołujący zwrócił też uwagę, że wszystkie trzy kwestionowane 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 ograniczających konkurencję nie odnosi się do słyszenia, jakości dźwięku i sposobu jego przetwarzania.

Odwołujący podkreślił, że przedmiotem zamówienia jest dostawa gotowego, wyprodukowanego już sprzętu medycznego, dopuszczonego do użytku po przejściu skomplikowanych procedur rejestracyjnych. Stwierdził, że oba istniejące na rynku urządzenia są do siebie zbliżone i trudno znaleźć uzasadnienie dla faworyzowania jednego kosztem odrzucenia drugiego. Nie jest więc podyktowane żadnymi względami racjonalności postępowania kształtowanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób wskazujący na produkty firmy Cochlear. 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. Dodatkowo odwołujący podał, że urządzenie oferowane przez odwołującego posiada szereg unikalnych cech, korzystnych z punktu widzenia użytkownika, których zamawiający wydaje się nie dostrzegać, jak większa liczba kanałów (Oticon - 15, Cochlear - 12), większa liczba programów akustycznych (Oticon-4 - Cochlear-3), bardziej zaawansowany niż u konkurencji system mikrofonów kierunkowych pozwalający na lepsze rozumienie mowy w hałasie, itd. Odwołujący zwrócił też uwagę, że odkąd w 2010 roku przełamał monopol spółki Medicus, w ciągu niespełna trzech lat uzyskał silną pozycję w branży, czego wyrazem jest uzyskanie w 2012 r. zamówień na znaczną część systemów implantów zakupywanych w trybie przetargów nieograniczonych u kilkunastu zamawiających w całym kraju. Odwołujący za każdym razem rywalizował o uzyskanie zamówienia ze spółką Medicus składając korzystniejsze cenowo oferty.

Odwołujący dodał, że jedyne aktualnie dostępne obiektywne (nie zlecone przez żadnego producenta) badania porównawcze procesorów mowy do implantów kotwiczonych w kości, w których badani pacjenci mogli przez wiele tygodni porównywać jakość słyszenia oraz ergonomię urządzeń Oticon Ponto Pro i Cochlear BP100 wykazały, że 67% pacjentów uznało urządzenie oferowane przez Oticon jako ogólnie lepsze.

Odwołujący wniósł o:

- uwzględnienie odwołania,

- nakazanie zamawiającemu opisanie przedmiotu zamówienia, w sposób który nie utrudniałby uczciwej konkurencji,
- dokonanie zmiany kwestionowanych zapisów ogłoszenia o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Na rozprawie strony podtrzymały dotychczas prezentowane stanowiska.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a w szczególności postanowienia Załącznika nr 2 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oraz stanowiska stron zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Izba stwierdziła, że odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu odwołania, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Sporządzenie przez zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który może naruszać uczciwą konkurencję lub uniemożliwiać wykonawcy złożenie ważnej oferty może prowadzić do pozbawienia wykonawcy możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji, narażając go tym samym na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody.

Izba, rozpoznając odwołanie w granicach zarzutów podtrzymanych przez odwołującego na rozprawie uznała je za zasadne.

Zarzuty postawione przez odwołującego dotyczą naruszenia przez zamawiającego zasady uczciwej konkurencji przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób nadmiernie rygorystyczny, umożliwiający uzyskanie zamówienia tylko jednemu wykonawcy i jednocześnie w sposób bezpodstawny niemożliwym czyniący złożenie przez odwołującego ważnej oferty.

Rozpoznając postawione zarzuty Izba zgodziła się z twierdzeniem zamawiającego, iż w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający jest uprawniony do takiego opisanie przedmiotu zamówienia, który umożliwi mu dokonanie zakupu jak najnowocześniejszych urządzeń. Prawem, ale i obowiązkiem zamawiającego jest opisanie przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem jego obiektywnych, uzasadnionych potrzeb. W sytuacji, gdy potrzeby zamawiającego są obiektywnie zasadne, możliwe jest postawienie wymagań, które zawężają krąg potencjalnych wykonawców. Brak możliwości spełnienia wszystkich wymagań zamawiającego przez ogół wykonawców obecnych na danym rynku, w przypadku, gdy postawione wymagania są uzasadnione rzeczywistymi potrzebami zamawiającego, nie stanowi o naruszeniu konkurencji. Jednocześnie brak jest możliwości dowolnego kształtowania przez zamawiającego opisu

przedmiotu zamówienia, uwzględniającego jest subiektywne preferencje, które mogą prowadzić do nadmiernego ograniczenia podstawowych zasad zamówień publicznych, tj. zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Oceny naruszenia konkurencji należy dokonywać przez pryzmat okoliczności zaistniałych w danym postępowaniu, sytuacji zamawiającego, faktycznego stopnia ograniczenia konkurencji, przyczyn wprowadzenia ograniczeń, jak też ich skutków dla wykonawców uczestniczących w rynku.

W przedmiotowej sprawie Izba za odpowiadający rzeczywistości przyjęła opis rynku i obecnych na nim produktów przedstawiony przez odwołującego. Zamawiający oparł swoją argumentację o istnieniu pięciu wykonawców, którzy mogą ubiegać się o udzielenie przedmiotowego zamówienia, jedynie na własnym oświadczeniu. Odwołujący oświadczeniu temu zaprzeczył wskazując, iż oprócz firmy odwołującego oraz Cochlear reprezentowanej w Polsce przez spółkę Medicus, żaden z wymienionych przez zamawiającego wykonawców nie może ubiegać się o udzielenie tego zamówienia – firma Kind oferuje wyłącznie procesory mowy, nie implanty, zaś pozostałe dwie firmy posiadają w swojej ofercie urządzenia o zupełnie innych parametrach i innej technice chirurgicznej. Odwołujący poparł swoją argumentację opisem urządzeń oferowanych przez firmę Cochlear i odwołującego. Izba dając wiarę twierdzeniom odwołującego uznała, że konkurencja, o której mówi zamawiający jest pozorna, brak jest bowiem możliwości uznania, że krąg wykonawców, którzy mogą ubiegać się o zamówienie jest szerszy niż twierdzi odwołujący, skoro oferowane przez nich urządzenia parametrami czy stosowaną techniką znacząco odbiegają od urządzeń stanowiących przedmiot niniejszego postępowania. Jednocześnie, nawet gdyby przyjąć, że firma Kind jest w stanie zaoferować urządzenia takie same, jak odwołujący, trudno jest uznać, że może ubiegać się o udzielenie przedmiotowego zamówienia, skoro oferowane przez odwołującego urządzenia nie spełniają wymagań zamawiającego. W ocenie Izby, odwołujący uprawdopodobnił w stopniu wystarczającym, że zakwestionowane parametry ograniczają konkurencję w sposób absolutny.

Izba stwierdziła, że przy realnym wyłączeniu konkurencji zamawiający nie wykazał własnych obiektywnych potrzeb, nie dowiódł konieczności zakupu urządzeń o kwestionowanych parametrach. Izba za udowodnioną uznała okoliczność, że urządzenia oferowane przez firmy Oticon i Cochlear są zbliżone, zapewniają możliwość realizacji tego samego celu, co odwołujący wykazał złożonymi na rozprawie referencjami pracowników UT Southwestern Medical Center, Dalhousie University, Gentofte Hospital oraz University of Alberta, a także dokumentami zatytułowanymi „Wskazania do stosowania” dotyczącymi systemu słuchowego zakotwiczonego w kości Ponto i zaczepu Baha BA400 firmy Cochlear. Za okoliczność uzasadniającą wyłączenie konkurencji nie można uznać tego, że zamawiający przeprowadza wszczepianie implantów słuchowych jedynie dla dzieci. Zamawiający nie wykazał również, że dostawa implantów stanowiąca przedmiot zamówienia będzie dedykowana wyłącznie do użytku przez dzieci niepełnosprawne lub z genetycznym upośledzeniem słuchu. Zamawiający nie powołał

się na względy medyczne wpływające na efektywność leczenia. Izba uznała, że opisane rozwiązania są korzystne dla pacjentów, wpływają na komfort korzystania z urządzeń. Jednak nie mające zasadniczego znaczenia różnice techniczne w konstrukcji zbliżonych do siebie produktów, zapewniające spełnienie pożądanej funkcjonalności, nie uzasadniają eliminacji jednego z dwóch wykonawców mogących ubiegać się o zamówienie. Tego typu względy mogłyby ewentualnie uzasadniać przyznanie wykonawcy dodatkowej punktacji za oferowanie urządzeń posiadających poszczególne funkcjonalności, ale nie są wystarczające do całkowitego wyeliminowania konkurencji.

Tym samym, potwierdziły się zarzuty naruszenia przez zamawiającego zasady uczciwej konkurencji, o której mowa w art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 2 ustawy Pzp przez przyjęcie kwestionowanych przez odwołującego wymagań opisanych w pkt 1.1, 3.4 i 3.12 dla Pakietu nr 2 Załącznika nr 2 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Mając powyższe na uwadze i działając 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 PLN, zgodnie z przedłożonym rachunkiem.

Przewodniczący: