

Warszawa, 11 stycznia 2013 r.

Do Prezesa
Krajowej Izby Odwoławczej
ul. Postępu 17a,
02-676 Warszawa

Zamawiający: Instytut Fizjologii i Patologii Słuchu
ul. Zgrupowania AK „Kampinosz” 1
01-934 Warszawa
tel. 022/835-66-70, faks 022/835-52-14

Odwołujący: OTICON Polska Sp. z o.o.
Pl. Trzech Krzyży 4/6
00 - 499 Warszawa
tel. 22 6221444, faks 22 6254512

Dotyczy: Postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego w celu zawarcia umowy ramowej na dostawę systemów implantów – wg 2 pakietów, ogłoszonego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2013/S 001-000724; data zamieszczenia: 02.01.2013.

ODWOŁANIE

Oticon Polska Sp. z o.o. (dalej jako: „Odwołujący”), jako Wykonawca posiadający kwalifikacje niezbędne do wykonania zamówienia, działając na podstawie art. 179 ust. 1 oraz art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm. dalej jako: „ustawa Pzp”, „PZP”) **wnosi odwołanie od podjętych czynności przez Instytut Fizjologii i Patologii Słuchu (dalej jako: „Zamawiający”) w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego w celu zawarcia umowy ramowej na dostawę systemów implantów – wg 2 pakietów, opublikowanego dnia 2 stycznia 2013 r. w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej (Dz. U. S.) pod numerem 2013/S 001-000724.**

Wpłynęło dnia 11. STY. 2013
IFPS / 31



Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie:

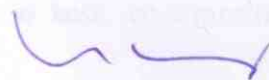
- 1) art. 29 ust. 1 ustawy Pzp przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty,
- 2) art. 29 ust. 2 ustawy Pzp przez opisanie przedmiotu zamówienia w sprzeczności z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, w sposób uniemożliwiający Odwołującemu złożenie oferty i ubieganie się o udzielenie zamówienia.
- 3) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia,
- 4) art. 7 ust. 1 w zw. z art. 91 ustawy Pzp, poprzez dyskryminacyjne opisanie kryteriów, którymi Zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty oraz ich znaczenia na przesadnie wysokim poziomie, co w konsekwencji w nieuzasadniony sposób utrudnia uczciwą konkurencję, utrudniając Odwołującemu wzięcie udziału w postępowaniu.

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wnosi o:

- 1) uwzględnienie odwołania,
- 2) nakazanie Zamawiającemu opisanie przedmiotu zamówienia w sposób precyzyjny, jednoznaczny, który nie utrudniałby uczciwej konkurencji,
- 3) dokonanie zmiany kwestionowanych zapisów ogłoszenia o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Oticon Polska Sp. z o.o. jest podmiotem działającym na rynku dostaw urządzeń medycznych, ubiegającym się o udzielenie przedmiotowego zamówienia. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego w/w przepisów **interes Odwołującego** doznał uszczerbku, bowiem na skutek wadliwej czynności Zamawiającego, Odwołujący został pozbawiony możliwości złożenia oferty. W konsekwencji Odwołujący wskutek naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy poniesie szkodę. Powyższe dowodzi naruszenia interesu w uzyskaniu zamówienia, co czyni zadość wymaganiom określonym w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp do wniesienia niniejszego odwołania.

Odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu, gdyż ogłoszenie o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej zostało opublikowane w dniu 2 stycznia 2013 r. i tego samego dnia Zamawiający zamieścił SIWZ na swojej stronie internetowej.



Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego celem zawarcia umowy ramowej obowiązującej do 30 sierpnia 2013 r. Przedmiot zamówienia podzielono na dwie części – pakiety: standard I – 35 szt. oraz standard II – 15 szt.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu niejednoznaczność i niespójność zapisów SIWZ, co na etapie oceny ofert i późniejszej realizacji może skutkować rozbieżnościami interpretacyjnymi i sporami. Odwołujący działając w trybie art. 38 ustawy Pzp w dniu 4 stycznia wystąpił do Zamawiającego o wyjaśnienie treści SIWZ, jednakże do wniesienia odwołania nie uzyskał odpowiedzi. Mając na uwadze 10 dniowy termin na wniesienie odwołania i niemożność późniejszego podważenia zapisów SIWZ wniesienie środka ochrony prawnej jest niezbędne dla ochrony interesów Odwołującego.

Poniżej przedstawiono i omówiono poszczególne zarzuty.

1. Zarzut dotyczący kryteriów oceny ofert.

Zarówno w ogłoszeniu o zamówieniu jak i w SIWZ Zamawiający wskazał następujące kryteria oceny ofert: łączna cena ofertowa brutto 60% oraz ocena techniczna 40 %. Dla kryterium ocena techniczna Zamawiający dookreślił oceniane parametry techniczno – użytkowe (odpowiednio: Załącznik 1.2 dla standardu I oraz Załącznik 1.4 dla standardu II).

Odwołujący kwestionuje parametry oceniane w Załączniku 1.2 dla standardu I: parametr nr 2: wiertło rozwierające, 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, (Zamawiający postanowił przydzielić 5 punktów w przypadku gdy wiertło umożliwi poszerzenie otworu prowadzącego do średnicy 4,1 mm, natomiast 0 punktów za poszerzenie otworu prowadzącego poniżej średnicy 4,1 mm) oraz parametr nr 6: sygnalizacja akustyczna i wizualna zmiany programów (tak: 5 punktów, nie: 0 punktów).

Punktowanie w parametrze nr 2 wiertła rozwierającego umożliwiającego poszerzenie otworu prowadzącego do średnicy 4,1 jest bezzasadne oraz nielogiczne – Zamawiający premiuje w ten sposób rozwiązanie gorsze, mniej korzystne zarówno dla pacjenta jak i lekarza wykonującego zabieg. Bezzasadność parametru jest też bezpośrednio powiązana z parametrem nr 1 – tj. średnicą implantu (za nie mniejszą niż 4,15 mm Zamawiający będzie przyznawał 5 punktów) oraz parametrem nr 1.2 (długość implantu w dwóch rozmiarach: min. 3 mm lub min. 4 mm) z Załącznika nr 1.1 Zestawienie granicznych parametrów techniczno użytkowych.

Wiertło rozwierające jest jedynie narzędziem umożliwiającym wykonanie otworu w czaszce pacjenta i winno zostać zaoferowane takie, które będzie zsynchronizowane (kompatybilne) z oferowanym implantem. Nierozeczne jest również dodatkowe punktowanie rozwiązania niekorzystnego z punktu widzenia innych rozwiązań dostępnych na rynku. Odwołujący oferuje bowiem wraz implantem o średnicy 4,5 mm (punktowanym) odpowiednie wiertło, które umożliwia wykonanie otworu o średnicy mniejszej niż 4,1 mm – co jest rozwiązaniem oczywiście bardziej korzystnym dla pacjenta u którego w czaszce zostanie nawiercony mniejszy otwór.

Oferowany przez Odwołującego implant o średnicy 4,5mm umieszczany jest w otworze wykonanym za pomocą wiertła o średnicy 3,8mm. Nie jest to wada systemu jak mogłoby wynikać z ustalonej przez Zamawiającego punktacji, ale jego ewidentna zaleta. Mniejszy otwór prowadzący zapewnia głębsze „wrzynanie” się zwoi gwintu w kość, co umożliwia

uzyskanie o 10% większej powierzchni styku implantu i kości niż inne implanty, oraz wymaga usunięcia o 27% mniejszej ilości kości w stosunku do innych implantów słuchowych o zbliżonej średnicy. Unikatowa geometria implantu Optigrip zapewnia najwyższą stabilność wstępną implantu spośród produktów funkcjonujących na rynku.

Dodatkowo ponieważ Zamawiający preferuje większą średnicę implantu, przyznawanie punktów dla wiertła jest w istocie podwójnym premiowaniem tego samego rozwiązania. Parametr ten budzi również wątpliwości w związku z bezwzględnie wymaganymi przez Zamawiającego długościami implantów: 3 mm lub 4mm. Fikcją jest więc możliwość zaoferowania implantu o innej długości (spowoduje to odrzucenie oferty jako niezgodnej z SIWZ) przy jednoczesnym punktowaniu wiertła umożliwiającego poszerzenie otworu prowadzącego.

Powyższe potwierdziła również Izba w wyroku 1048/11 z 31 maja 2011 r.: *Izba oceniła parametr 2 załącznika nr 3.1 do SIWZ 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. Po drugie – wymogi dotyczące parametrów wiertła są nieadekwatne do sposobu przyznawania punktów. W tym zakresie zresztą daje się zauważyć nieprecyzyjność w opisie przedmiotu zamówienia. Zamawiający wskazał, że wiertło rozwiercające ma mieć długość 3 mm lub 4 mm lub inną w zależności od oferowanych długości implantu, mimo że w załączniku nr 3 pkt 1.2 określił długość implantu w dwóch rozmiarach: min. 3 mm lub min. 4 mm, bez możliwości zaoferowania implantów o innych długościach. Ponadto zamawiający w zakresie tego parametru wymagał wiertła, które umożliwi poszerzenie otworu prowadzącego do średnicy 4,1 mm (zał. Nr 3.1 pkt 2 kolumna 2), 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 (5 pkt) oraz za średnicę poniżej 4,1 mm (0 pkt.), co jest samo w sobie kuriozalne, gdyż parametr wymagany miał być jednocześnie parametrem ocenianym.*

Mając powyższe na uwadze Odwołujący postuluje wykreślenie parametru nr 2 wiertło rozwiercające, bądź punktowanie rozwiązania faktycznie korzystnego: wiertła umożliwiającego poszerzenie otworu poniżej 4,1 mm.

Drugi kwestionowany parametr to sygnalizacja akustyczna i wizualna zmiany programów (punkt 6 Załącznika nr 1.2). Wymagane rozwiązanie polegające na sygnalizacji dźwiękowej i wizualnej w jednym urządzeniu właściwe jest wyłącznie dla urządzenia Cochlear (oferowanego przez jedyne konkurenta Oticon Polska – wykonawcy Medicus z Wrocławia) i nie znajduje żadnego potwierdzenia medycznego. Urządzenie oferowane przez Odwołującego posiada wyłącznie sygnalizację akustyczną. Sygnalizacja wizualna to nic innego jak migająca lampka, która świeci krótko przy włączaniu urządzenia i miga (1,2 lub 3 razy) podczas zmiany programu. Jest to marginalna funkcjonalność, nie mająca wpływu na jakość, możliwość słyszenia, a co więcej – w środowisku medycznym wręcz zalecane jest odłączenie sygnalizacji wizualnej, jako dodatkowego stygmatu, bowiem migająca lampka zwraca uwagę, a w przypadku dzieci – ciekawość rówieśników może stwarzać zagrożenie. Dlatego też w urządzeniu oferowanym przez spółkę Medicus przewidziano możliwość wyłączenia sygnalizacji świetlnej (co ma częste zastosowanie w praktyce).

Podobnie stwierdziła Izba w wyroku 966/12 z 25 maja 2012 r.: *Oceniając parametr na podstawie wyjaśnień Zamawiającego i uczestnika postępowania odwoławczego w rozpoznawanym odwołaniu, z których wynika, że równoległe stosowanie sygnalizacji dźwiękowej i wizualnej zmiany programów w jednym urządzeniu, ma znaczenie w przypadku osób niepełnosprawnych oraz, że w toku oceny ofert będzie brana pod uwagę sygnalizacja dźwiękowa i wizualna pracy procesora i, że Odwołujący, który nie ma sygnalizacji wizualnej, będzie miał możliwość uzyskania punktów chociaż w mniejszej ilości, gdyż uzyska ocenę za samą sygnalizację dźwiękową, Izba przychyliła się do stanowiska Odwołującego, który przyznał, że jeśli wskazany parametr ma już być punktowany, to różnica punktów powinna być niewielka, np. w przypadku sygnalizacji dźwiękowej i wizualnej jednocześnie o 1 pkt więcej niż w przypadku tylko sygnalizacji dźwiękowej.*

Mając powyższe na uwadze Odwołujący wnosi o zmianę punktacji przyznawanej w ramach parametru np. na następującą: 0 punktów za procesor nie posiadający żadnej sygnalizacji, 4 punkty za procesor posiadający sygnalizację akustyczną oraz 5 punktów za procesor posiadający sygnalizację wizualną i akustyczną. Przyznanie 0 punktów dla urządzenia które posiada jedną z dwóch sygnalizacji stanowi przejaw nieuczciwej konkurencji i nierównego traktowania wykonawców.

Zarzut Odwołującego dotyczy również kwestii kryteriów wskazanych w umowie ramowej. Odwołujący nie ma pewności, czy prawidłowo odczytał intencje Zamawiającego – prowadząc postępowanie przetargowe w trybie nieograniczonym Zamawiający będzie wybierał wykonawców z którymi zawrze umowy ramowe na podstawie dwóch kryteriów: cena 60%, ocena techniczna 40%, natomiast zgodnie z § 5 ust. 6 projektu umowy ramowej (Załącznik nr 3 do SIWZ) wyłącznym kryterium oceny ofert będzie łączna wartość brutto implantów, które będą objęte zamówieniem wykonawczym.

W specyficznej sytuacji na rynku implantów kostnych na którym funkcjonuje wyłącznie dwóch wykonawców taka konstrukcja kryteriów powoduje, że parametry podlegające ocenie stają się marginalne (skoro i tak w konsekwencji rozstrzygająca będzie zaoferowana cena), wobec powyższego Odwołujący wnosi o zmniejszenie ich wagi do poziomu cena 90%, ocena techniczna 10% bądź zupełną rezygnację z parametrów punktowanych.

Kwestia wagi kryterium oceny technicznej była już rozpatrywana przez Krajową Izbę Odwoławczą w innym przetargu na implanty słuchowe kotwiczone w kości. Odpowiedni fragment wyroku KIO 1360/2012 zacytowaliśmy w pytaniach do Zamawiającego z dnia 4-01-2013.

2. Zarzut dotyczący niedookreślenia zakresu zamówienia oraz nieprecyzyjnego opisu przedmiotu zamówienia.

Zamawiający podzielił przedmiot zamówienia na dwie części: 15 sztuk i 35 sztuk. W § 4 ust. 6 projektu umowy zastrzegł możliwość udzielenia zamówień wykonawczych na większą niż planowana liczba poszczególnych rodzajów implantów, pod warunkiem, że zmiana ta nie spowoduje zwiększenia wartości umowy ramowej.

Odwołujący podnosi, że przy niedookreśleniu minimalnego poziomu zamówień skalkulowanie ceny oferty jest bardzo utrudnione, gdyż inna będzie cena jednostkowa w przypadku gdy Zamawiający zakupi wyłącznie 1 sztukę, a inna gdy 15. Odwołujący zdaje sobie sprawę, że Zamawiający korzystając z zawartej umowy ramowej będzie mógł wzywać każdorazowo do złożenia oferty wykonawczej nawet na jeden implant, jednakże szczególnie

w standardzie II dookreślenie minimalnego poziomu zamówienia jest niezbędne w obliczu konieczności zaoferowania zestawów narzędzi chirurgicznych oraz silników do wiercenia z wiertarką (pozycja 16, 17, 20 Załącznika nr 1.3). Zapisy dotyczące dodatkowego osprzętu są zdaniem Odwołującego niejednoznaczne i pozostawiają wątpliwości interpretacyjne. W obecnym brzmieniu nie jest możliwe zaoferowanie ceny jednostkowej ani też za całość zamówienia. Odwołujący nie ma pewności ile zestawów będzie zobowiązany dostarczyć (np. pkt. 16 – czy dla każdego pojedynczego implantu po trzy zestawy narzędzi chirurgicznych). Problematiczna jest również forma udostępnienia – czy mają one zostać zaoferowane na własność Zamawiającego, czy też staną się przedmiotem użyczenia (co jest najczęstszą praktyką w tego rodzaju postępowaniach przetargowych).

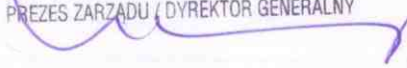
Odwołujący wnosi również o zmianę Załącznika nr 1a do SIWZ – oferty cenowej przez wyszczególnienie dodatkowych pozycji dla zestawów i narzędzi, które z uwagi na ich specyfikę stanowią znaczący element kosztotwórczy.

3. Zarzut dotyczący ograniczenia konkurencji przez opis techniczny

W punkcie 6 Załącznika 1.3 do SIWZ Zamawiający postawił obligatoryjny wymóg dostępności co najmniej 3 typów implantu do wyboru z zakresu średnic 3,00 mm; 3,75 mm oraz 4,50 mm z tolerancją 5% dla wszystkich typów. Bezwzględne wymaganie zaoferowania implantu słuchowego o średnicy 3 mm uniemożliwia Odwołującemu złożenie oferty, co więcej – według najlepszej wiedzy Odwołującego nie ma w ogóle na rynku implantów o średnicy 3,00 mm. **Odwołujący wnosi więc o zmianę zapisu parametru nr 6, gdyż w obecnym jego brzmieniu nie jest możliwe złożenie oferty niepodlegającej odrzuceniu.**

W powyższym stanie rzeczy, mając na uwadze zarzuty dotyczące zarówno opisu przedmiotu zamówienia jak i kryteriów oceny ofert, wniesienie niniejszego odwołania jest niezbędne.

OTICON POLSKA SP. Z O.O.
PREZES ZARZĄDU / DYREKTOR GENERALNY


mgr inż. Andrzej Konopka
w imieniu Odwołującego

Załączniki:

- a) odpis z Krajowego Rejestru Sądowego Odwołującego,
- b) dowód uiszczenia wpisu od odwołania, 15.000 PLN,
- c) dowód przekazania kopii odwołania Zamawiającemu,
- d) SIWZ wraz z załącznikami
- e) zapytania skierowane do zamawiającego w dniu 4 stycznia 2013 r.