

Sygn. akt: KIO/2549/10

WYROK
z dnia 9 grudnia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow
Piotr Kozłowski
Emil Kuriata

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 grudnia 2010 r. w Warszawie odwołania z dnia 24 listopada 2010 r. wniesionego przez wykonawcę **OTICON POLSKA Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Plac Trzech Krzyży 4/6, 00-499 Warszawa**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Instytut Fizjologii i Patologii Słuchu Warszawa, ul. Zgrupowania AK „Kampinos» 1, 01-943 Warszawa**

przy udziale wykonawcy **MEDICUS Aparatura i Instrumenty Medyczne Sp. z o.o., z siedzibą we Wrocławiu, Al. Dębowa 3, 53-134 Wrocław**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu zmianę postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie zmniejszenia punktacji przyznawanej za osiągnięcie przez zaoferowany przedmiot określonych, ocenianych parametrów.**

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego **Instytut Fizjologii i Patologii Słuchu Warszawa, ul. Zgrupowania AK „Kampinos» 1, 01-943 Warszawa**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczone przez wykonawcę **OTICON POLSKA Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Plac Trzech Krzyży 4/6, 00-499 Warszawa**, tytułem kosztów postępowania odwoławczego;
- 2) dokonać wpłaty kwoty 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) przez zamawiającego **Instytut Fizjologii i Patologii Słuchu Warszawa, ul. Zgrupowania AK „Kampinos» 1, 01-943 Warszawa** na rzecz wykonawcy **OTICON POLSKA Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Plac Trzech Krzyży 4/6, 00-499 Warszawa** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika;
- 3) dokonać wpłaty kwoty XXX (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;
- 4) dokonać zwrotu kwoty XXX (słownie: XXX) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz XXX.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 i Nr 161, poz. 1078) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający Instytut Fizjologii i Patologii Słuchu ul. Zgrupowania AK »Kampinos« 1, 01-934 Warszawa wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »Dostawa systemów implantów zakotwiczonych w kości – 35 szt.«. Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 i Nr 161, poz. 1078) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

28.10.2010 r. ukazało się ogłoszenie o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich pod nrem 2010/S 210-321093.

15.11.2010 r. zamawiający dokonał modyfikacji postanowień specyfikacji i wprowadził kryteria wraz z rangami.

24.11.2010 r. w terminie zgodnym z art. 182 ust. pkt lit. Pzp wykonawca OTICON Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie Pl. Trzech Krzyży 4/5, 00-499 Warszawa wniósł do Prezesa KIO odwołanie na czynności i naruszenia przepisów:

- 1) art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 3 oraz art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji – przez 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, uniemożliwiając odwołującemu wzięcie udziału w postępowaniu;
- 2) art. 7 ust. 1 Pzp – przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia;
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp – przez wprowadzenie kryteriów oceny ofert i ich rang na wygórowanym i nieadekwatnym poziomie i tym samym wymuszenie na odwołującym zaoferowania przedmiotu zamówienia w rażąco niskiej cenie.

Odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania;
- 2) nakazanie zamawiającemu zmniejszenia rangi wprowadzonego kryterium;

- 3) nakazanie zamawiającemu zmniejszenia punktacji przyznawanej za poszczególne oceniane parametry;
- 4) nakazanie zamawiającemu wprowadzenia w ramach kryterium innych parametrów ocenianych, właściwych również dla urządzeń oferowanych przez odwołującego.

Argumentacja odwołującego

Poprzednie odwołanie (sygn. KIO/2404/10) nie było rozpoznawane przez Izbę, ponieważ postępowanie odwoławcze umorzono z uwagi na uwzględnienie odwołania w całości przez zamawiającego.

Zamawiający co prawda, zgodnie z żądaniami zawartymi w odwołaniu, zobowiązał się do dokonania zmiany opisu przedmiotu zamówienia i takiej czynności dokonał, jednakże przez modyfikację postanowień specyfikacji w kwestii dotyczącej kryteriów, którymi będzie się kierował przy wyborze oferty oraz ich znaczenia i sposobu oceny ofert doprowadził do zaistnienia identycznego, jak poprzednio stanu faktycznego, uniemożliwiającego odwołującemu złożenie oferty w postępowaniu.

Przed modyfikacją postanowień specyfikacji zamawiający żądał spełnienia wymaganych, minimalnych parametrów granicznych, które wskazywały jednoznacznie, iż jedynym wykonawcą mogącym zaoferować wymagane urządzenia jest wykonawca Medicus Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, będąca wyłącznym przedstawicielem i dystrybutorem implantów producenta Cochlear. Po podniesieniu przez odwołującego zarzutów dotyczących naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, zamawiający w uwzględnieniu odwołania przyznał, że wprowadzone parametry »eliminują całość implantu jako wyrób medyczny posiadający odpowiednie atesty dopuszczające do obrotu i użytkowania«. Nie mniej jednak, modyfikując postanowienia specyfikacji, wprowadzając 40% rangę dla oceny technicznej (poprzednio: 100% cena) oraz przenosząc wszystkie charakterystyczne dla produktu Cochlear parametry minimalne graniczne do parametrów punktowanych w dalszym ciągu uniemożliwia odwołującemu złożenie oferty.

Warto podkreślić, że rynek implantów kostnych w Polsce i na świecie funkcjonował dotychczas w formie monopolu. Do ubiegłego roku jedynym producentem implantów kostnych był australijski producent Cochlear, reprezentowana w Polsce przez spółkę Medicus z Wrocławia, która ma wyłączność na dystrybucję wspomnianych powyżej implantów, a w konsekwencji była jedynym oferentem we wszystkich przeprowadzanych w Polsce postępowaniach przetargowych na zakup implantów słuchowych zakotwiczonych w kości. Jedynym zaś odbiorcą tych implantów są kliniki i oddziały laryngologiczne szpitali, gdyż wszczepienie implantu wiąże się z operacją chirurgiczną.

Procedura wszczepienia jednego implantu kostnego jest w pełni refundowana przez Narodowy Fundusz Zdrowia.

Od początku 2010 roku firma Oticon Polska z o.o. będąca częścią międzynarodowego holdingu o ponad stuletniej tradycji, zajmującego się produkcją aparatów słuchowych, aparatury diagnostycznej i urządzeń wspomagających słyszenie wprowadziła do sprzedaży implanty zakotwiczone w kości, stając się jedynym potencjalnym konkurentem dla dotychczasowego monopolisty.

W chwili obecnej na rynku funkcjonuje tylko dwóch wykonawców oferujących implanty zakotwiczone w kości: wykonawca Medicus z Wrocławia (implanty Cochlear) oraz wykonawca Oticon Polska Sp. z o.o. (implanty Oticon).

Od połowy bieżącego roku wykonawca Oticon 6 razy bronił swoich racji przed KIO. Wszystkie wniesione odwołania zostały przez Izbę uwzględnione, bądź uznane w całości przez zamawiających. Również wniosek o wszczęcie kontroli doraźnej skierowany do Prezesa UZP spotkał się z pozytywnym odbiorem i została wszczęta kontrola w 8 wskazanych przez odwołującego szpitalach.

Nie mniej jednak rozwiązania zamawiających ciągle ewoluują, przybierając coraz bardziej wyrafinowane i zawołowane formy mające na celu eliminację odwołującego z postępowań.

Analizując specyfikacje techniczne przedmiotu zamówienia w przetargach organizowanych przez różne kliniki na terenie kraju odwołujący zauważył, że poszczególne postanowienia są bardzo często identyczne, co utwierdza odwołującego w przekonaniu, że specyfikacje te są przygotowywane w porozumieniu z firmą Medicus (dla przykładu specyfikacja do postępowania IFPS/74/10 przed jej modyfikacją w dniu 15 listopada oraz specyfikacja EDZ.242-116/10 do przetargu w Lublinie, w których przeważająca większość postanowień jest identyczna).

Aby zobrazować wpływy wykonawcy Medicus Sp. z o.o. w klinikach laryngologicznych w Polsce, odwołujący przytacza przykład Samodzielnego Szpitala Klinicznego nr 4 w Lublinie, który pomimo czterech przegranych przed KIO rozpraw permanentnie uchyla się od wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej i zawarcia z odwołującym umowy w związku z postępowaniem EDZ.242-20/10 oraz modyfikacji specyfikacji w związku z postępowaniem EDZ.242-116/10. Ostatnio Szpital wyraził chęć natychmiastowego zwrotu pokazowego procesora mowy Oticon Ponto Pro. Odwołujący spodziewa się, zatem że powyższe postępowania zostaną unieważnione pod byle pretekstem, a Szpital w ogóle zrezygnuje z wszczepiania implantów zakotwiczonych w kości. Prawdopodobnie z »zaoszczędzonych« w ten sposób funduszy sfinansowane zostaną inne dostawy od wykonawcy Medicus.

Z kolei inny zamawiający – Uniwersytecki Szpital Kliniczny w Białymstoku w toczącym się obecnie postępowaniu 82/2010 po zapoznaniu się z treścią wyroku KIO 2189/10 kompletnie zignorował stanowisko Izby w kwestii wprowadzania przez zamawiających parametrów ograniczających konkurencję i wskazujących na produkty firmy Cochlear (oferowane przez Medicus) i utrzymał niekorzystne dla odwołującego postanowienia pozbawiając

odwołującego możliwości złożenia oferty. Pracownicy Szpitala twierdzą, że »skoro postępowanie jest poniżej progów to mogą kupować co chcą i od kogo chcą«. Zapewne w przetargu weźmie udział tylko wykonawca Medicus, który zaoferuje cenę przekraczającą o kilkadziesiąt procent wartość rynkową zamawianych produktów.

Instytut Fizjologii i Patologii Słuchu jest prestiżową jednostką w skali kraju, która wyznacza standardy dla innych zamawiających, dlatego też mając na względzie przyszłość handlową odwołującego, dalsze istnienie na rynku i uzyskanie zamówienia nie tylko w tym, ale i w innych postępowaniach odwołujący musi bronić swoich racji wskazując, co następuje:

A. Zamawiający w wyniku modyfikacji wprowadził dwa kryteria oceny ofert: cena (ranga 60) i ocena techniczna (ranga 40). W kryterium oceny technicznej zamawiający przewidział punktowanie parametrów technicznych – w przypadku ich spełniania – przyznając 10 punktów, w przypadku niespełniania – 0 punktów. Tym sposobem wykonawca może uzyskać 70 punktów po zsumowaniu punktacji dla 7 parametrów.

Wszystkie podane parametry są właściwe jedynie dla urządzeń Cochlear oferowanych przez wykonawcę Medicus. Z góry, więc, wiadomo, że w kryterium technicznym uzyska on maksymalną liczbę punktów, uzyskując w rezultacie »na starcie« w punktacji ogólnej 40 spośród 100 punktów do uzyskania. Z kolei odwołujący może uzyskać maksymalnie 60 punktów w kryterium cenowym i 0 punktów w kryterium technicznym. Aby zrekompensować tę przewagę oferta odwołującego musi być o 66,67% tańsza, co oznacza, że jedną sztukę implantu, którego rynkowa cena wynosi około 30.000 zł musi zaoferować za mniej niż 10.000 zł. Taka kalkulacja zmusza odwołującego do oferowania produktu w rażąco niskiej cenie.

Wprowadzona modyfikacja, rzekomo uwzględniająca odwołanie spowodowała, że umożliwienie odwołującemu złożenia oferty jest jedynie pozorne. Pomijając kwestie opłacalności, stawianie jednego z dwóch wykonawców w konieczności zaoferowania produktu po rażąco niskiej cenie godzi w podstawowe zasady ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych oraz stoi w sprzeczności z unormowaniami ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zamawiający nie tyle ograniczył konkurencję, zawężając krąg wykonawców, ile wyeliminował ją całkowicie. Już na tym etapie postępowania wiadome jest, że gdyby nawet odwołujący złożył ofertę, to i tak zostanie ona odrzucona z uwagi na rażąco niską cenę.

Na marginesie, dla lepszego zobrazowania wprowadzonych kryteriów warto wspomnieć, że gdyby przy tych parametrach ranga kryterium oceny technicznej była o 10% wyższa i wynosiła nie 40, a 50 procent to odwołujący, aby zrównoważyć punktację musiałby zaoferować implanty za darmo. Na potwierdzenie przywoływanych wyliczeń odwołujący składa kalkulację przetargową, która wskazuje relacje kryteriów do ceny produktu.

Zarówno implant Cochlear z procesorem BP100 jak i implant Oticon z procesorem Ponto Pro mają na celu umożliwienie słyszenia pacjentom z określoną wadą słuchu i świetnie wywiązują się z tej funkcji. Tak naprawdę jedynie użytkownik jest w stanie stwierdzić, które rozwiązanie użytkowe bądź konstrukcyjne jest odpowiedniejsze. W badaniu porównawczym „Comparison of two newly introduced bone anchored hearing instruments in first-time users (Updated September 2010)” przeprowadzonym w 2010 roku przez Departament Otolaryngologii, Chirurgii Głowy i Szyi Narodowego Szpitala Uniwersyteckiego Rigshospitalet w Kopenhadze ośmiu spośród dwunastu pacjentów (67%) uznało urządzenie Oticon Ponto Pro za ogólnie lepsze od urządzenia Cochlear BP 100 (4 osoby czyli 33% miało odmienne zdanie).

Użytkownicy nigdy nie byli jednomyślni odnośnie takich kwestiach jak: obsługa urządzenia, pojawianie się sprzężenia akustycznego, działanie w warunkach wiatru, jakość dźwięku, wygląd zewnętrzny podłączenie do zaczeputu, jednak większość skłaniała się ku rozwiązaniu oferowanemu przez Oticon. Zatem przypisanie rangi 40% do ocenianych kryteriów jakościowych jest nieuzasadnione i wskaźnik ten powinien być zdecydowanie niższy (o ile w ogóle jego wprowadzenie zamawiający uzna za uzasadnione).

B. Punktowane parametry zamieszczono w Załączniku nr 3.1 do SIWZ. Wszystkie przywołane są właściwe jedynie dla urządzenia oferowanego przez wykonawcę Medicus. Odwołujący nie podważa wprowadzenia dodatkowego – oprócz ceny – kryterium, ale nie zgadza się z podaną punktacją oraz rangą całego kryterium. Wśród wymienionych parametrów znajdują się również takie, które nie mają żadnego uzasadnienia medycznego ani funkcjonalnego. Niektóre są oczywistą wadą urządzenia, premiowaną jedynie po to, aby wyeliminować konkurencję. Istotne dla odwołującego jest również, że w opisanym przez zamawiającego zakresie nie spełnia on żadnego z punktowanych parametrów i nie może uzyskać w związku z tym punktacji.

Należy również zwrócić uwagę, że Zamawiający nie uznał też za zasadne, aby jakikolwiek parametr czy funkcjonalność, który jest charakterystyczny dla produktów Oticon i niezwykle pożądanym przez użytkowników znalazł się w puli parametrów ocenianych. Zatem mamy tutaj do czynienia z ewidentnym przypadkiem stworzenia listy parametrów ocenianych celem eliminacji konkurencji bez względu na dobro pacjentów, późniejszych użytkowników przedmiotowych implantów. Produkty oferowane przez odwołującego (produkty firmy Oticon) posiadają cały szereg cech unikalnych, niezwykle korzystnych z punktu widzenia użytkownika, są to m. in.:

1. Trwałość połączenia z zaczeputem, co przedkłada się na trwałość działania. W produkcie Oticon nie ma konieczności okresowej wymiany plastikowego łącznika. W odpowiedzi na pierwsze odwołanie do przedmiotowego przetargu zamawiający stwierdził

wyraźnie, że zależy mu na żywotności i bezawaryjności, stąd wprowadzenie takiego kryterium uważamy za zasadne.

2. Łatwość wymiany baterii, co przekłada się na łatwość obsługi urządzenia – w urządzeniach oferowanych przez Medicus istnieje konieczność użycia magnesu do wymiany baterii oraz okresowo należy wymieniać pokrywę baterii. W badaniu porównawczym przeprowadzonym w 2010 roku przez Departament Otolaryngologii, Chirurgii Głowy i Szyi Narodowego Szpitala Uniwersyteckiego Rigshospitalet w Kopenhadze: „Comparison of two newly introduced bone anchored hearing instruments in first-time users (Updated September 2010)”, w którym 12 pacjentów porównywało działanie i walory użytkowe procesorów Cochlear BP 100 i Oticon Medical Ponto Pro aż 83% pacjentów oceniło negatywnie sposób wymiany baterii i obsługę procesora BP 100 firmy Cochlear.

3. 15-kanalowe przetwarzanie sygnału (Medicus: 12-kanalowe), którego konsekwencją jest większa precyzja dopasowania procesora do indywidualnych potrzeb pacjenta i w rezultacie lepsza i bardziej naturalna jakość odbieranego dźwięku.

4. Zaawansowany, trzystopniowy układ redukcji hałasu (warto nadmienić, że w innym równoległym przetargu IFPS 76/10 – na aparaty słuchowe, zamawiający takiej funkcjonalności wymaga w aparatach najwyższej klasy, jest zatem świadomy faktu, że taka funkcjonalność przekłada się na wymierne korzyści pacjenta w postaci lepszego rozumienia mowy w trudnych sytuacjach akustycznych).

5. Eliminacja szumu wiatru przez procesor – procesor oferowany przez Medicus takiej możliwości nie posiada, natomiast procesor oferowany przez Oticon stosownie reaguje w sytuacji, gdy pojawia się wiatr. O tym jak dotkliwy może być szum wiatru może przekonać się osoba słyszająca rozmawiając przez telefon z osobą, która przebywa akurat na silnym wietrze. Trzaski, szумы i zakłócenia bardzo przeszkadzają w prawidłowym odbiorze.

6. Inteligentny (samouczący się) układ regulacji głośności, niedostępny w urządzeniach konkurencji. Urządzenie analizuje, w jaki sposób pacjent korzysta z pokrętła głośności w różnorodnych sytuacjach akustycznych i automatycznie dostosowuje regulację głośności, by w przyszłości użycie manualnej regulacji głośności było ograniczone do minimum.

7. Cztery indywidualne programy działania (Medicus: 3) pozwalające uwzględnić więcej specjalnych trybów działania do stosowania w określonych sytuacjach akustycznych, (np. wykłady, opera, kino, itp.)

8. Wielopasmowa rozdzielna adaptacyjna kierunkowość. Znacznie bardziej zaawansowany układ odpowiedzialny za sterowanie odsłuchem w trybie kierunkowym i dookólnym aniżeli w rozwiązaniu konkurencyjnym, co poprawia słyszenie w środowisku zaszumionym. Procesor Oticon może pracować w pewnych pasmach częstotliwości kierunkowo, a w innych dookólnie, podczas gdy procesor firmy Cochlear może pracować albo kierunkowo, albo dookólnie w całym paśmie częstotliwości. Tryb rozdzielonej w

pasmach kierunkowości pozwala lepiej rozumieć mowę w trudnych warunkach akustycznych.

9. Duży, łatwo dostępny przycisk zmiany programów (Medicus: trzy miniaturowe, trudno dostępne przyciski).

10. Implant umożliwiający dołączenie również procesorów mowy producenta Cochlear (producent Cochlear zmieniła konstrukcję implantu (zaczepu) tak, że można do niego dołączyć tylko urządzenie tej firmy).

11. Dedykowana, dobrze sprawdzona i opisana w literaturze reguła dopasowania dla przewodnictwa kostnego, uwzględniająca progi słyszenia obu uszu. Producent Cochlear stosuje własną regułę dopasowania, nie opisując jej w dostępnych materiałach, która uwzględnia próg słyszenia jedynie ucha implantowanego.

Żadna z tych jakże praktycznych i pożądaných przez użytkowników cech nie zasłużyła sobie na uwagę i punktację przez zamawiającego.

Tymczasem w zaprezentowanym podczas XI Międzynarodowej Konferencji Implanty Ślimakowe i Inne Implantowane Technologie Słuchowe w Sztokholmie badaniu porównawczym „Comparison of etwo newly introduced bonę anchored hearing instruments in first-time sers” przeprowadzonym w 2010 roku przez Departament Otolaryngologii, Chirurgii Głowy i Szyi Narodowego Szpitala Uniwersyteckiego Rigshospitalet w Kopenhadze ośmiu spośród dwunastu pacjentów (67%) uznało urządzenie Oticon Ponto Pro za ogólnie lepsze od urządzenia Cochlear BP 100 (4 osoby czyli 33% miało odmienne zdanie).

Można zatem łatwo wnioskować, iż to nie dobro pacjenta – późniejszego użytkownika odzwierciedla obecna tabela punktacji. Zamawiający tworząc taki system punktacji zupełnie nie liczy się z tym, iż pacjent zaopatrzony w urządzenie bardziej zaawansowane i wszechstronne technologicznie, jakim jest rozwiązanie Oticon, ma szansę na pokonanie dotychczasowych ograniczeń wykorzystując faktyczne osiągnięcia techniki. Uznanie (widoczne w tabeli punktacji) zamawiającego zyskują także cechy, które bardziej należy zaliczyć do wad oraz cech charakterystycznych dla urządzeń wcześniejszych generacji.

Odwołujący zwraca uwagę, że w 2010 roku odbywały się również przetargi na implanty słuchowe zakotwiczone w kości, w których zamawiający (np. Specjalistyczny Szpital Wojewódzki w Ciechanowie) ograniczyli opis przedmiotu zamówienia do postanowienia „implant słuchowy do 45 dB z cyfrowym procesorem dźwięku” i nie podawali dodatkowo żadnych parametrów wymaganych bezwzględnie ani dodatkowo punktowanych.

Skoro na rynku istnieje tylko dwóch dostawców oferujących systemy implantów zakotwiczonych w kości z cyfrowym procesorem dźwięków, wprowadzanie postanowień preferujących rozwiązanie jednego z producentów automatycznie obniża wartość oferty drugiego wykonawcy. Odwołujący nie kwestionuje prawa zamawiającego do opisywania

przedmiotu zamawiającego w sposób, który zapewni mu wybór najkorzystniejszej oferty, jednak w przedmiotowym postępowaniu zamawiający manipuluje parametrami w sposób ograniczający konkurencję i niegwarantujący wyboru najkorzystniejszej oferty z uwzględnieniem korzyści pacjenta oraz racjonalności wydatkowania środków publicznych.

C. Odwołujący wskazuje parametry wymienione w Załączniku 3.1 do specyfikacji, właściwe jedynie dla implantów oferowanych przez Medicus Sp. z o.o., które uważa za niezasadne i ograniczające uczciwą konkurencję:

1. Minimalna średnica implantu (liczona bez zaczepu i bez kołnierza): nie mniejsza niż 4,15 mm – 10 punktów; mniejsza niż 4,15 mm – 0 punktów.

Oferowany przez odwołującego implant ma średnicę 3,75 mm. Wielkość tej średnicy jest uznawana w Europie i na świecie jako powszechnie obowiązujący standard, spełniający wymagania dla tego typu procesorów. Przyznawanie dodatkowych punktów za zwiększenie średnicy implantu jest działaniem utrudniającym konkurencję. W ostatnim czasie producent urządzeń oferowanych przez Medicus Sp. z o.o. próbuje wprowadzić na rynek urządzenia o średnicy zwiększonej do 4,5 mm i obecnie jako jedyny podmiot na rynku spełnia postawione wymaganie. Zamawiający w uwzględnieniu odwołania podnosi, iż zwiększenie średnicy implantu sprzyja procesowi osseointegracji oraz ogranicza konieczność reimplantacji. Jednak takie twierdzenia nie są potwierdzone i nie ma badań naukowych, które odnoszą się do wspomnianej funkcjonalności. W przypadku implantów o średnicy 3,75 mm potwierdzono naukowo, iż maksymalny odsetek utraconych implantów wynosi mniej niż 5 %. Natomiast nie przeprowadzono do tej pory niezależnych badań, które by potwierdzały poprawę pierwotnej stabilności implantu dla zaczepu powyżej 4,15 mm. Najnowsze (2010) badania naukowe dotyczące implantów stomatologicznych wskazują, że zwiększenie średnicy i modyfikacje powierzchni implantu nie wpływają na stabilność implantu, a więc i na odsetek wypadających implantów [Journal of the Royal Society Interface, „Titanium orał implants: surface characteristics, interface biology and clinical outcome”; Palmquist A., Omar OM, Esposito M, Lausmaa J., Thomsen R, 2010 Oct6;7Suppl 5S515-27. Epub 2010 Jun 30].

Brak jest jakichkolwiek danych o tym, czy rozwiązanie takie jest korzystne czy też nie dla pacjenta. Potrzeba lat doświadczeń i rzeszy użytkowników, aby wyciągnąć jakiegokolwiek wnioski w kwestii słuszności zwiększenia średnicy implantu. W związku z powyższym z całą pewnością parametr ten nie zasługuje na szczególne uznanie jak i dodatkowe punkty, gdyż korzyść dla pacjenta w tym przypadku jest trudna do stwierdzenia.

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 – 10 punktów;
średnica poniżej 4,1 mm – 0 punktów.

Wymieniony parametr jest konsekwencją postanowień pkt 1 – aby móc zainstalować implant o średnicy 4,15 mm wymagane jest wiertło umożliwiające poszerzenie otworu do średnicy 4,1 mm. Podsumowując mamy tutaj do czynienia z podwójnym punktowaniem tej samej cechy i to w dodatku jak podkreślano wcześniej: konsekwencje oraz korzyści stosowania implantów/procesorów o większej średnicy nie są obecnie znane i potrzeba wielu lat doświadczeń praktycznych zanim słuszność zwiększenia średnicy zostanie potwierdzona.

3. Zabezpieczenia mikrofonów przed wodą/zachlapaniem, jak również pyłem i kurzem (wymienić zastosowane zabezpieczenia minimum 2) – tak – 10 punktów; nie – 0 punktów.

Wymóg odporności jest uzasadniony i procesory producenta Oticon spełniają taki wymóg. Co więcej – taki wymóg winien być zdefiniowany jako obligatoryjny, co by potwierdzało, że taka funkcjonalność jest ważna dla zamawiającego. Odwołujący natomiast nie zgadza się, że konieczne jest wymienianie co najmniej dwóch zabezpieczeń. Konstrukcja procesorów producenta Oticon bazuje na ponad 100 letnim doświadczeniu w projektowaniu i produkcji aparatów słuchowych. Produkt powinien spełniać wymóg SIWZ w postaci „odporności” na wodę/zachlapania jak również pył i kurz i taka właściwość powinna być wymagana, a nie liczba zabezpieczeń. Potrzeba zastosowania dwóch zabezpieczeń dotyczy produktów Medicus i jest konsekwencją mało optymalnego projektu w tym zakresie. Tymczasem produkt Oticon zaprojektowany w sposób od początku przemyślany nie wymaga z całą pewnością „zabezpieczenia do zabezpieczenia”. Punktowana cecha w tym przypadku kwalifikuje się do wad i niedopatrzeń konstrukcyjnych aniżeli zasługuje na uznanie.

O tym, czy urządzenia są odporne zarówno przed wodą jak i pyłem nie świadczy liczba zastosowanych rozwiązań, podane przez wykonawców, ale ich skuteczność stwierdzona testami. Wykonawca może podać dowolne parametry, które jego zdaniem mają wpływ na zabezpieczenie przed wodą/pyłem, jednakże nie będzie miało to odzwierciedlenia w faktycznej funkcjonalności. Poza tym duży margines uznaniowości zamawiającego w tym zakresie pozwoli na swobodne przyznawanie punktów, czego obawia się odwołujący.

W instrukcji obsługi procesora BP 100 firmy Cochlear na str. 7 czytamy (bardzo drobnym drukiem), że pomimo zastosowania dwóch wymaganych przez zamawiającego zabezpieczeń, implant „nie jest przeznaczony do zanurzania w wodzie, nie należy nosić procesora dźwięku w silnym deszczu, pod prysznicem lub w kąpeli”. Tak więc pomimo zastosowanych zabezpieczeń nie potwierdza się faktycznej odporności na wodę/zachlapanie. Instrukcja w załączeniu.

W rozwiązaniu Oticon zastosowano takie same zabezpieczenia jak w zdecydowanej większości prawie dwóch milionów produkowanych przez firmę każdego roku aparatów

słuchowych. Aparaty słuchowe działają w trudniejszych warunkach aniżeli aparaty na przewodnictwo kostne (zwane procesorami dźwięku), są bowiem bardziej narażone na działanie potu, gdyż przylegają bezpośrednio do skóry. Dodatkowo są narażone na działanie woskowiny. Muszą więc charakteryzować się odpornością na wilgoć i spełniają taki wymóg.

4. Możliwość samodzielnej zmiany pokrywy baterii wraz z uszczelnieniami – tak – 10 punktów; nie – 0 punktów.

Jest to przykład jak z wady urządzenia czyni się parametr punktowany. W sprawdzonym rozwiązaniu konstrukcyjnym Oticon, nie ma uszczelek, więc nie trzeba ich wymieniać. Funkcjonalność obu urządzeń jest taka sama, urządzenie Oticon jest nowocześniejsze, zastosowane rozwiązania są trwalsze i w związku z tym nie ma konieczności zastosowania uszczelek. W produkcie Oticon pacjent nie musi zmieniać pokrywy baterii, gdyż oferowane urządzenie nie wymaga tego typu czynności z uwagi na znaczne uproszczenie użytkowania. Konieczność wymiany pokrywy baterii z uszczelnieniami co 6 miesięcy (zalecenie z instrukcji obsługi Cochlear) jest wadą urządzenia, która nie powinna więc być parametrem dodatkowo punktowanym.

5. Możliwość zmiany fabrycznych parametrów wzmocnienia bez konieczności podłączenia procesora do stanowiska komputerowego – tak – 10 punktów; nie – 0 punktów.

Wskazany parametr jest możliwy do spełnienia za pomocą trzech przycisków w obudowie urządzenia Cochlear. Za pomocą przycisków można w urządzeniu wybrać jedynie stronę (ucho lewe/prawe), co wynika z faktu, że dla obu uszu Cochlear oferuje takie samo urządzenie, zmienić wielkość wzmocnienia (ogólnie głośniejszej/ciszej, co zawsze może zrobić pacjent sam), zmienić wzmocnienie tonów niskich i włączyć/wyłączyć sygnalizację świetlną. Wymagane rozwiązanie nie tylko jest zupełnie nieprzydatne i faktycznie niestosowane w praktyce, to jeszcze biorąc pod uwagę stopień zaawansowania technologicznego procesorów mowy oraz złożoność i współzależność wielu dziesiątek parametrów funkcja taka stwarza ryzyko rozregulowania procesora mowy przez pacjenta i nie pozwala na precyzyjne dopasowanie do jego potrzeb.

6. Sygnalizacja akustyczna i wizualna zmiany programów – tak – 10 punktów; nie – 0 punktów.

Wymagane rozwiązanie właściwe jest wyłącznie dla urządzenia Cochlear i nie znajduje żadnego potwierdzenia medycznego. Sygnalizacja wizualna jest przydatna tylko u bardzo małych dzieci, natomiast implanty kostne wszczepia się dzieciom powyżej piątego roku życia. Co więcej, w przypadku pacjentów, którym implanty są wszczepiane zasadne jest odłączenie sygnalizacji wizualnej, jako dodatkowego stygmatu. Migająca lampka przyciąga

uwagę innych, a w przypadku dzieci – rówieśnicy interesują się świeceniem urządzenia i dążą do wzięcia go do ręki. Dlatego w urządzeniu oferowanym przez spółkę Medicus przewidziano możliwość wyłączenia sygnalizacji świetlnej. Zastosowanie sygnalizacji wizualnej zmiany programów nie znajduje żadnego uzasadnienia, a parametr ma na celu wyłącznie ograniczenie konkurencji.

Odwołujący nie zgadza się z twierdzeniem, że wskaźniki świetlne informują o tym, który program jest aktualnie wykorzystywany – wskaźnik działa jedynie przy zmianie programu, czyli przez okres kilku sekund.

Podkreślić również należy, że zamawiający oczekuje sygnalizacji świetlnej w urządzeniu, zlokalizowanym w miejscu niewidocznym dla użytkownika, czyli kolejny raz punkty przyznawane są przez zamawiającego za cechę praktycznie bezużyteczną i logicznym jest, iż urządzenie zaprojektowane w przemyślany sposób takie jak rozwiązanie Oticon nie będzie nigdy posiadać takiej bezużytecznej cechy.

7. Nasadka na wspornik umieszczana na czas gojenia rany o min. 2 wielkościach średnicy zabezpieczająca przed zabrudzeniem rany, wykonana z materiału łatwego do utrzymania w czystości (podać rozmiary) – tak – 10 punktów; nie – 0 punktów.

Wymieniony parametr nie znajduje uzasadnienia w praktyce. Średnica nasadki powinna wynikać z szerokości cięcia wykonywanego dermatomem (lub w inny sposób). Producent dostarcza nasadkę kompatybilną z oferowanym zaczepek i ostrzem dermatomu. Do sierpnia 2010 roku obaj producenci dostarczali nasadkę na czas gojenia w jednym rozmiarze. Dzięki praktykom stosowanym przez zamawiających, polegającym na kopiowaniu folderów i ulotek wykonawcy Medicus do treści SIWZ odwołujący nie musi śledzić zmian u konkurencji – wszystkie bowiem zmiany konstrukcyjne są automatycznie implementowane do dokumentacji przetargowych i uznawane za niezbędne, czy też wielce pożądane.

Reasumując, możliwość zastosowania przez zamawiających różnych kryteriów oceny ofert ma na celu uzyskanie zamówienia na jak najlepszych warunkach. Powyżej przytoczone argumenty wskazują, że w rozpoznawanym postępowaniu zarówno waga kryterium jak i wskazane parametry nie gwarantują zamawiającemu osiągnięcia tego celu. Zastosowana punktacja jest niewspółmiernie wysoka mając na uwadze fakt, że zamawiający dopuścił przecież możliwość złożenia oferty na dostawę implantów, które nie spełniają tych parametrów. Premiowanie rozwiązań właściwych tylko dla jednego wykonawcy godzi w zasadę zachowania uczciwej konkurencji.

Odwołujący w innym postępowaniu również podnosił kwestię wysokości i zasadności wprowadzonych kryteriów. W wyroku KIO/2189/10 z 22 października 2010 r. Izba stwierdziła,

że: określone przez zamawiającego kryteria ofert, a w szczególności ich waga, winny odnosić się w odpowiednich proporcjach do przedmiotu zamówienia i uwzględniać jego specyfikę. Oznacza to, iż zamawiający, mimo że posiada daleko idącą swobodę w zakresie doboru kryteriów to jednak nie może stosować dowolnych i nieuzasadnionych specyfiką zamówienia kryteriów oceny ofert a także kształtować ich wagi na przesadnie wysokim poziomie w celu preferencji konkretnych wykonawców.

W związku z postawionymi zarzutami odwołujący wnosi o nakazanie zamawiającemu dokonania zmiany treści specyfikacji przez znaczące zmniejszenie rangi ocenianego kryterium technicznego oraz punktacji za wybrane parametry. Wnosi również – dla zrównoważenia i ujednolicenia sytuacji obu wykonawców – na wprowadzenie innych niż wymienione w Załączniku 3.1 parametrów, właściwych dla produktów Oticon. Wprowadzenie zmian doprowadzi do uwzględnienia zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, a także zapewni zamawiającemu otrzymanie konkurencyjnych ofert, z których będzie mógł on wybrać ofertę najkorzystniejszą.

W powyższym stanie rzeczy, mając na uwadze zarzuty wniesienie odwołania jest konieczne, gdyż tylko w ten sposób odwołujący może bronić swoich interesów.

24.11.2010 r. odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu (art. 180 ust. 5 Pzp).

24.11.2010 r. zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom (art. 185 ust. 1 *in initio* Pzp).

26.11.2010 r. wykonawca **Medicus Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, ul. Powstańców Śląskich 11/1, 53-329 Wrocław** złożył: (1) Prezesowi KIO, (2) zamawiającemu i (3) odwołującemu – zgłoszenie przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania (art. 185 ust. 2 Pzp).

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy, a także dowodu złożonego przez odwołującego »Informację o wynikach kontroli NIK« ze stronami 7, 17, 18 i 25, w której odwołujący wskazuje na nieprawidłowości występujące w zakupach sprzętu medycznego – Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie jest zasadne.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby wykluczył, że wypełniona została którakolwiek z przesłanek odrzucenia odwołania ustanowiona w art. 189 ust. 2 Pzp.

W ocenie Izby zostały wypełnione łącznie przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 Pzp, to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wystąpienia możliwości poniesienia szkody przez odwołującego.

Izba postanowiła dopuścić dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem oraz – złożoną przez odwołującego »Informację o wynikach kontroli NIK« i złożoną przez zamawiającego »Odpowiedź na odwołanie«.

W ocenie składu orzekającego Izby, pierwszy zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 3 oraz art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji – przez 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 oraz zarzut drugi naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp – przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców – zasługują w stosunku do wymienionych niżej parametrów spełnienia kryterium »Oceny technicznej« na uwzględnienie.

Zamawiający wyspecyfikował oceniane parametry zaoferowanego przedmiotu w załączniku nr 3.1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Odwołujący zakwestionował te parametry oraz liczbę przyznawanych punktów podczas oceny ofert za wykazanie osiągnięcia przez zaoferowane przedmioty poszczególnych parametrów.

Nie podlega kwestii ani w stanowiskach stron, ani składu orzekającego Izby uprawnienie zamawiającego do formułowania swoich wymagań w stosunku do przedmiotu zamówienia czy określania sposobu oceny ofert, a w tym ustalenia znaczenia kryteriów, którymi będzie się kierować zamawiający podczas oceny ofert. Jednak uprawnienie to musi być stosowane w sposób uzasadniony potrzebami i celami zamawiającego.

Zdaniem składu orzekającego Izby zamawiający nie wykazał, że w sposób uzasadniony sformułował postanowienie dotyczące ocenianych parametrów 3-5 i 7.

Do parametru 3 – »Zabezpieczenia mikrofonów przed wodą/zachlapaniem, jak również pyłem i kurzem (wymienić zastosowane zabezpieczenia minimum 2) – tak – 10 punktów; nie – 0 punktów«. Dla zamawiającego nie jest istotna liczba konkretnych zabezpieczeń

oferowanego urządzenia przed wodą, zachlapaniem i kurzem, ale sam ogólny brak wrażliwości urządzenia na wodę, zachlapanie i kurz. Taką cechą można uzyskać nie tylko przez zastosowanie fizycznych zabezpieczeń, ale przez odpowiednie skonstruowanie przedmiotu czy zastosowanie właściwych materiałów. Dlatego zamawiający powinien zmienić kwestionowany parametr kładąc nacisk na właściwości aparatu, a nie na jego wyposażenie w poszczególne zabezpieczenia.

Do parametru 4 – »Możliwość samodzielnej zmiany pokrywy baterii wraz z uszczelnieniami – tak – 10 punktów; nie – 0 punktów«. Zgodnie ze stwierdzeniem sformułowanym przez zamawiającego podczas rozprawy, zamawiającemu cyt. »nie zależy na łatwości wymiany baterii, bo np. w zabawkach jest konieczne, aby baterie były wymieniane za pomocą śrubokręta i zamawiający chce, aby dziecko nie miało łatwości np. zjedzenia baterii, co stwarzałoby nawet śmiertelne zagrożenie dla takiego dziecka«. Dlatego skład orzekający Izby stwierdza niekonsekwencję zamawiającego i bacząca wagę problemu poruszanego podczas ustnego, cytowanego wystąpienia skład orzekający Izby zaleca zmianę opisu kwestionowanego parametru, aby w sposób nieuzasadniony nie mogła być promowana cecha urządzenia mogąca wpływać na bezpieczeństwo pacjenta.

Do parametru 5 – »Możliwość zmiany fabrycznych parametrów wzmocnienia bez konieczności podłączenia procesora do stanowiska komputerowego – tak – 10 punktów; nie – 0 punktów«. Odwołujący wykazał, że w ponad tysiącu punktów protetycznych rozsianych na terenie całej Polski znajdują się komputery, do których można będzie podłączyć zamawiane urządzenie, które ewentualnie będzie oferowane przez odwołującego. W tych samych punktach technicy mają dokonywać regulacji urządzenia, którego cechy charakteryzuje i preferuje zamawiający przewidując przyznanie odpowiedniej liczby punktów. W związku z tym nie ma takiej konieczności aby preferować dokonywanie manualnego regulowania aparatu a dyskryminować możliwość elektronicznego ustawiania pożądanych parametrów wzmocnienia w urządzeniu. Efekt możliwości zmian ustawień aparatu w punktach protetycznych, można osiągnąć przewidując możliwość ręcznej regulacji, a także regulacji komputerowej z zastosowaniem nieodpłatnego dodatkowo oprogramowania, które wykonawca będzie zobowiązany przekazać zamawiającemu i do punktów protetycznych, co zdaniem odwołującego nie będzie stanowić żadnego problemu. Dlatego zamawiający powinien zmodyfikować postanowienie dotyczące parametru 5, aby w sposób nieuzasadniony nie utrudniać uczciwej konkurencji.

Do parametru 7 – »Nasadka na wspornik umieszczana na czas gojenia rany o min. 2 wielkościach średnicy zabezpieczająca przed zabrudzeniem rany, wykonana z materiału łatwego do utrzymania w czystości (podać rozmiary) – tak – 10 punktów; nie – 0 punktów«. sam zamawiający opisując zabieg medyczny wszczepienia implantu wskazał podczas

rozprawy, cyt. »zamawiający widziałby najchętniej jeszcze większą liczbę wymiarów tych nasadek, aby podczas operacji nie dopasowywać ręcznie takiej nasadki, a aby miał ją odpowiednią do każdego rodzaju głowy i każdego rodzaju rany pacjenta«. Tymczasem z parametru nr 7 wynika, że zamawiający będzie preferował – przez przyznanie odpowiedniej liczby punktów – zaoferowanie tylko dwóch rozmiarów nasadek. Parametr ograniczający się do dwóch rodzajów nasadek nie jest uzasadniony potrzebami zamawiającego, a zamawiający nie uzasadnił z czego treść tego parametru wynika. Dlatego zamawiający powinien zmienić postanowienie dotyczące określenia parametru i jego oceny zgodnie ze swoimi uzasadnionymi potrzebami, a nie formułować go w sposób arbitralny bez uzasadnienia, gdyż zostanie to poczytane jako działanie utrudniające uczciwą konkurencję.

Odwołujący nie wykazał, że parametry 1, 2 i 6 zostały sformułowane przez zamawiającego w sposób nieuzasadniony potrzebami zamawiającego, naruszający uczciwą konkurencję. Jednak ze względu na wykazanie nieuzasadnionego potrzebami zamawiającego sformułowania postanowień parametrów 3-5 i 7 załącznika nr 3.1 do specyfikacji skład orzekający Izby uznał, że zarzuty pierwszy i drugi zasługują na poparcie.

Odnosnie zarzutu trzeciego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp przez – wprowadzenie kryteriów oceny ofert i ich rang na wygórowanym i nieadekwatnym poziomie i tym samym wymuszenie na odwołującym zaoferowania przedmiotu zamówienia w rażąco niskiej cenie, skład orzekający Izby pozostawił zarzut bez rozpoznania wobec faktu, że nie nastąpiło jeszcze składanie ofert i tym bardziej ich badanie i ocena.

Podobnie skład orzekający Izby nie może się przychylić do żądania odwołującego odnośnie nakazania wprowadzenia innych parametrów w ramach kryterium »Oceny technicznej«, gdyż to na zamawiającym ciąży za odpowiedzialność udzielenia zamówienia na przedmiot, który spełnia cechy wyspecyfikowane przez zamawiającego. Jednak zamawiający w trakcie koniecznej zmiany postanowień specyfikacji może samodzielnie dokonać daleko idącej modyfikacji specyfikacji, a nawet i ogłoszenia.

Zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 i art. 36 ust. 1 pkt 13 Pzp przez nieuzasadnione sformułowanie postanowień specyfikacji.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę dowód złożony przez odwołującego wykazujący naruszenia ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych przez zamawiających z dziedziny służby zdrowia i uwrażliwił się na rozpoznawane postępowanie, które ma znaczenie nie tylko dla wykonawców i zamawiającego, ale w istotny sposób wpływa na podopiecznych zamawiającego, którymi w szczególności są dzieci. Jednak dowód ten nie dotyczył rozpoznawanego postępowania i dlatego był tylko ogólnie brany pod uwagę.

Z powyższych względów uwzględniono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w kwocie 3 600, 00 zł zgodnie z § 3 pkt 1 i pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....