

Sygn. akt: KIO 2074/15

WYROK
z dnia 8 października 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 października 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 września 2015 r. przez wykonawcę **Skamex sp. z o.o. sp. k. w Łodzi**

w postępowaniu prowadzonym przez **Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny nr 7 Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach Górnośląskie Centrum Medyczne im. prof. Leszka Gieca z siedzibą w Katowicach**

przy udziale wykonawcy **Medicavera sp. z o.o. Dahlhausen Group z siedzibą w Szczecinie**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Skamex sp. z o.o. sp. k. w Łodzi** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Skamex sp. z o.o. sp. k. w Łodzi** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawcy **Skamex sp. z o.o. sp. k. w Łodzi** na rzecz **Samodzielnego Publicznego Szpitala Klinicznego nr 7 Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach Górnośląskiego Centrum Medycznego im. prof. Leszka Gieca z siedzibą w Katowicach** kwotę **3.600 zł 00 gr** (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 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 **Katowicach**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny nr 7 Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach Górnośląskie Centrum Medyczne im. prof. Leszka Gieca z siedzibą w Katowicach – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „dostawa jednorazowego sprzętu medycznego”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 14 kwietnia 2015 r., 2015/S 072-127248.

W dniu 16 września 2015 r. zamawiający zawiadomił wykonawcę Skamex sp. z o.o. sp. k. w Łodzi, zwanego dalej „odwołującym”, o wyborze, w zakresie części 5 zamówienia, jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Medicavera sp. z o.o. Dahlhausen Group z siedzibą w Szczecinie, zwanego dalej „przystępującym”.

Wobec zaniechania przez zamawiającego czynności polegającej na odrzuceniu oferty złożonej przez przystępującego w zakresie części 5 zamówienia odwołujący wniósł w dniu 25 września 2015 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisu:

- 1) art. 82 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dalej „SIWZ”,
- 2) art. 7 ust. 1 ustawy poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w części 5 zamówienia, tj. wyboru oferty złożonej przez przystępującego,
- 2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert w zakresie części 5 zamówienia,
- 3) wykonania czynności odrzucenia oferty złożonej przez przystępującego,
- 4) wykonania czynności wyboru oferty złożonej przez odwołującego jako oferty najkorzystniejszej w części 5 zamówienia.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podniósł, że przystępujący zaoferował produkt, który nie spełnia wymagania, aby oferowany łącznik Y umożliwiał podanie leku. Wyrób zaoferowany przez przystępującego nie daje możliwości podania leku przez łącznik Y, ponieważ łącznik ten nie posiada żadnego portu pozwalającego na podanie leku.

Odwołujący podniósł także, że zamawiający dopuścił również możliwość zaoferowania systemu z okrągłą, silikonową główną zastawką PEEP automatycznie

uszczelniającą cewnik po usunięciu go z rurki zapewniającą 100% szczelność zestawu. Wywiódł, że zaoferowany przez przystępującego wyrób nie spełnia tego wymagania, ponieważ żaden element zaoferowanego produktu, w tym ww. okrągła, silikonowa główna zastawka PEEP nie chronią przed niezamierzonym przedostaniem się roztworu płuczącego cewnik do dróg oddechowych pacjenta.

Komora płukania jest otwarta co powoduje, iż w trakcie przepłukiwania cewnika:

- a) roztwór płuczący może dostać się do dróg oddechowych pacjenta,
- b) w trakcie płukania przy włączonym ssaniu część objętości oddechowej jest „podkradana” od pacjenta,
- c) następuje utrata PEEP u pacjenta.

Zdaniem odwołującego powyższe oznacza, że produkt nie spełnia wymogu 100% szczelności zestawu. Wszystkie wskazane powyżej okoliczności powodują, iż wyrób zaoferowany przez przystępującego w części 5 zamówienia nie spełnia wymagań SIWZ, co powoduje konieczność odrzucenia oferty tego wykonawcy. Odwołujący podkreślił także, iż w przedmiotowej sprawie nie było podstaw do zastosowania procedury przewidzianej w art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, ponieważ w ofercie przystępującego zostały wskazane informacje dotyczące właściwości oferowanych wyrobów, co nie wymaga wyjaśnienia i nie pozwala na dokonanie poprawki w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. W trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego zgłosił przystąpienie Medicavera sp. z o.o. Dahlhausen Group z siedzibą w Szczecinie. Złożył pismo procesowe, w którym wniósł o oddalenie odwołania. W piśmie, jak również w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia SIWZ, wyjaśnienia treści SIWZ z dnia 13 maja 2015 r. udzielone przez zamawiającego, ofertę złożoną przez przystępującego, pismo zamawiającego z 21 lipca 2015 r. skierowane do przystępującego zawierające wezwanie kierowane w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp do wyjaśnienia treści oferty, pismo przystępującego z 27 lipca 2015 r., stanowiące odpowiedź na ww. wezwanie, zawiadomienie zamawiającego o rozstrzygnięciu postępowania z dnia 16 września 2015 r., jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron a także uczestnika postępowania złożone w

trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności ustalono, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem przepisów ustawy Pzp wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W ocenie Izby wypełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Oferta odwołującego w zakresie części 5 zamówienia została sklasyfikowana na miejscu drugim, za ofertą wybraną. Odwołujący domagał się nakazania zamawiającego wykonania czynności odrzucenia oferty wybranej w zakresie części 5 zamówienia. Ustalenie, iż zamawiający zaniechał wykonania czynności odrzucenia oferty wybranej z naruszeniem przepisów ustawy Pzp, prowadziłoby do nakazania zamawiającemu wykonania takiej czynności i tym samym oferta odwołującego mogłaby być uznana za najkorzystniejszą. Powyższe wyczerpuje dyspozycję art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Ustalono, że zamawiający wszczął i prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest dostawa jednorazowego sprzętu medycznego. Zamawiający dopuścił możliwość składania ofert częściowych. Jedną z części przedmiotu zamówienia, oznaczoną jako zadanie 5 była dostawa zamkniętego systemu do odsysania drzewa oskrzelowego (pkt 20 specyfikacji istotnych warunków zamówienia „SIWZ”, w dokumentacji postępowania przekazanej przez zamawiającego). Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zamawiający zawarł w załącznikach nr 2b i 4 do SIWZ (pkt 3.1. SIWZ).

W załączniku nr 2b do SIWZ, w zakresie zadania 5, zamawiający sprecyzował, że przedmiot zamówienia obejmuje:

- 1) *cewnik do odsysania w systemie zamkniętym na 72 godziny do rurek intubacyjnych o długości 54 cm, do rurek tracheotomijnych o długości 34 cm, skalowany co 1 cm, rozmiar kodowany kolorystycznie oraz numerycznie na cewniku, z jednym otworem centralnym i 2 bocznymi ułożonymi naprzemiennie, pozbawiony DEHP. Rozmiar 14, 16 FR,*
- 2) *uniwersalny adapter do dróg oddechowych do połączenia obwodu oddechowego z rurką intubacyjną lub tracheotomijną, pozwalający bez rozłączania obwodu oddechowego na*

odsysanie w systemie zamkniętym, otwartym, wykonanie procedury bronchoskopii, mini-Bal, podania leku. Rozgałęziony pod kątem 45 stopni, podwójnie obrotowy, z portem do przepłukiwania, z samouszczelniającą się dwudzielną zastawką. Adapter kompatybilny z cewnikiem powyżej.

Ustalono ponadto, że zamawiający otrzymał m.in. następujące wnioski o wyjaśnienie treści SIWZ:

- 1) Pytanie 14: *Czy Zamawiający dopuści wysokiej klasy system zamknięty do odsysania wydzieliny z górnych dróg oddechowych o następujących parametrach: Zamknięty system do odsysania z rurki intubacyjnej CH14/16 długość 54cm, rurki tracheostomijnej CH14/16 długość 34cm, z możliwością stosowania min. przez 72h. System stanowi integralną całość, nierozłączalny, wyposażony w podwójnie obrotowy łącznik o kącie 90 stopni, zamykany, obrotowy port do płukania cewnika o dł. minimum 5 cm, zamykany port do podawania leków wziewnych (MDI), zintegrowany bezpośrednio w części łącznika podłączanej do rurki pacjenta. Cewnik z dwoma otworami po przeciwległych stronach zakończony czarną obwódką. Aktywacja podciśnienia za pomocą przycisku i zabezpieczenie przed przypadkowym uruchomieniem podciśnienia poprzez obrót o 90st. Okrągła, silikonowa główna zastawka PEEP automatycznie uszczelniająca cewnik po usunięciu go z rurki zapewniająca 100% szczelność zestawu. System gotowy do użycia bezpośrednio po wyjęciu z opakowania, bez potrzeby montażu dodatkowych akcesoriów, każdy element systemu sterylny;*
- 2) Pytanie 15: *Czy Zamawiający dopuści łącznik Y między rurką intubacyjną/tracheostomijną a wysokiej jakości nierozłączalnym systemem zamkniętym. Łącznik ten umożliwi wykonanie bronchoskopii, mini-Bal oraz podania leku bez rozłączania systemu od rurki intubacyjnej / tracheostomijnej?*

Ustalono także, że pismem z dnia 13 maja 2015 r. zamawiający wyjaśnił, że dopuszcza również rozwiązanie zaproponowane w pytaniu nr 14 , jak i rozwiązanie sugerowane w pytaniu nr 15.

W dalszej kolejności ustalono, że do upływu terminu składania ofert swoją ofertę złożył m.in. przystępujący. Złożył wypełniony załącznik nr 2b do SIWZ, w którym wskazał w pkt 1, w zakresie części 5 zamówienia, że: *Zgodnie z odpowiedziami zamawiającego z dnia 13 maja 2015 r. dopuszczono Zamknięty system do odsysania z rurki intubacyjnej CH14/16 długość 54cm, rurki tracheostomijnej CH14/16 długość 34cm, z możliwością stosowania min. przez 72h. System stanowi integralną całość, nierozłączalny, wyposażony w podwójnie obrotowy łącznik o kącie 90 stopni, zamykany, obrotowy port do płukania cewnika o dł. minimum 5 cm, zamykany port do podawania leków wziewnych (MDI), zintegrowany*

bezpośrednio w części łącznika podłączanej do rurki pacjenta. Cewnik z dwoma otworami po przeciwległych stronach zakończony czarną obwódką. Aktywacja podciśnienia za pomocą przycisku i zabezpieczenie przed przypadkowym uruchomieniem podciśnienia poprzez obrót o 90st. Okrągła, silikonowa główna zastawka PEEP automatycznie uszczelniająca cewnik po usunięciu go z rurki zapewniająca 100% szczelność zestawu. System gotowy do użycia bezpośrednio po wyjęciu z opakowania, bez potrzeby montażu dodatkowych akcesoriów, każdy element systemu sterylny.

Ustalono również, że przystępujący w pkt 2 wypełnionego załącznika nr 2b do SIWZ wskazał, iż *Zgodnie z odpowiedziami zamawiającego z dnia 13 maja 2015 r. dopuszczono łącznik Y między rurką intubacyjną/tracheostomią a wysokiej jakości nierozłączalnym systemem zamkniętym. Łącznik ten umożliwi wykonanie bronchoskopii, mini-Bal oraz podania leku bez rozłączania systemu od rurki intubacyjnej / tracheotomijnej.*

Ustalono nadto, że przystępujący jako producenta oferowanych wyrobów wskazał firmę „Dahlhausen”.

Ustalono także, że zamawiający w dniu 15 września 2015 r. zawiadomił odwołującego o wyborze jako najkorzystniejszej, w zakresie zadania nr 5, oferty złożonej przez przystępującego. Oferta odwołującego została sklasyfikowana na miejscu drugim (zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty, w dokumentacji postępowania przekazanej przez zamawiającego).

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba oddaliła odwołanie, gdyż nie stwierdziła, aby zamawiający dopuścił się naruszeń ustawy Pzp wskazanych w treści odwołania.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zgodnie z odpowiedzią zamawiającego na pytanie nr 15 z 13 maja 2015 r., zamawiający, jako alternatywnie dopuszczone rozwiązanie wymienił łącznik Y między rurką intubacyjną/tracheostomią a nierozłączalnym systemem zamkniętym, który miał umożliwić wykonanie bronchoskopii, mini-Bal oraz podania leku bez rozłączania systemu od rurki intubacyjnej / tracheotomijnej.

Przystępujący złożył w ofercie, w wypełnionym załączniku nr 2b do SIWZ oświadczenie, w którym jednoznacznie stwierdził, że zaoferował rozwiązanie wymagane przez zamawiającego.

Odwołujący zarzucił, że oferta przystępującego jest niezgodna z przywołanym wymogiem SIWZ, gdyż przystępujący zaoferował łącznik, który nie umożliwił podania leku. Wywiódł, że wyrób zaoferowany przez przystępującego nie daje możliwości podania leku przez łącznik Y, ponieważ łącznik ten nie posiada żadnego portu pozwalającego na podanie leku. Z kolei przystępujący w swym piśmie procesowym wywiódł, że konstrukcja zaoferowanego przez jego firmę łącznika pozwala na wykorzystanie dodatkowego portu, nominalnie służącego do wykonania bronchoskopii, do podawania leków. Stanowisko zajęte przez zamawiającego w trakcie rozprawy było zbieżne ze stanowiskiem przystępującego.

W tej sytuacji, zgodnie z klasycznym rozkładem ciężaru dowodu, to na odwołującym, stosownie do art. 6 KC w zw. z art. 14 ustawy Pzp, spoczywał ciężar wykazania spornej okoliczności. To odwołujący z faktu, że zaoferowany przez przystępującego łącznik nie umożliwia podania leku nie posiadając w tym zakresie portu wywodził skutek prawny, jakim był obowiązek odrzucenia oferty przystępującego, jako niezgodnej z treścią SIWZ na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Zdaniem Izby, odwołujący nie sprostował obowiązkowi wykazania spornej okoliczności faktycznej. Odwołujący nie przeprowadził żadnego przekonującego dowodu na okoliczność, że nie można podawać leków w sposób opisany przez przystępującego w piśmie procesowym (a więc poprzez bronchofiberoskop). Dowodem takim nie była treść instrukcji stosowania ani karty katalogowej zamkniętego systemu odsysania Dahlhausen optiFlo 72h. Odwołujący wywiódł na rozprawie, że skoro w dokumentach tych nie wymieniono łącznika Y ani nie opisano procedury podawania leków przez bronchofiberoskop, to należy wywieść, że nie jest to dopuszczalne ze względów proceduralnych. Zdaniem Izby fakt, że w instrukcji i katalogu systemu zamkniętego Dahlhausen optiFlo 72h nie wskazano na takie zastosowanie portu łącznika Y, nie oznacza jeszcze, że łącznika nie będzie można użyć w tym celu. Uszło uwadze odwołującego, że obydwa dokumenty odnosiły się do systemu zamkniętego Dahlhausen optiFlo 72h, a nie do łącznika Y. Ponadto odwołujący nie przedstawił też żadnego dowodu ani nawet nie przytoczył treści owych bliżej nieokreślonych procedur. Nie wiadomo zatem o jakie procedury chodzi i jaka jest ich treść.

Odwołujący wywodził także w trakcie rozprawy, że jednoczesne wykorzystywanie tego samego portu do podawania leków i do bronchoskopii pozostawałaby w sprzeczności z zasadami aseptyki. Uszło uwadze odwołującego, że zamawiający nigdzie w treści odpowiedzi na pytanie nr 15 nie sformułował wymagania, że oferowany łącznik ma umożliwiać równoległe wykonywanie bronchoskopii i podawanie leków. Zamawiającemu chodziło jedynie o to, aby łącznik umożliwił wykonanie bronchoskopii oraz podanie leku. Zaoferowany łącznik Y niewątpliwie taką możliwość zamawiającemu stwarza. Okoliczność czy, kiedy i w jakich okolicznościach zamawiający zdecyduje się z tej możliwości skorzystać, zależeć będzie od zamawiającego. Ponadto nadmienić należy, że zamknięty system

Dahlhausen optiFlo 72h, do którego podłącza się łącznik Y, posiada dodatkowy, wbudowany, odrębny port, który jest dedykowany do podawania leków wziewnych MDI. Powyższe jednoznacznie wynikało z treści wypełnionego przez przystępującego formularza (wypełniony zał. nr 2b do SIWZ, w ofercie przystępującego).

Odwołujący argumentował także w trakcie rozprawy, że skoro łącznik Y ma być podłączany do zamkniętego systemu, który ma działać przez 72 h, to również łącznik powinien być wykorzystywany przez 72 h. Izba stwierdziła, że tak skonstruowany zarzut nie został przedstawiony w odwołaniu. Zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, *Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu*. Wobec powyższego Izba nie mogła odnieść się do tak opisanego zarzutu. Z ostrożności procesowej, na wypadek nie podzielenia tej argumentacji przez Sąd rozpoznający ewentualną skargę na orzeczenie Izby, Izba stwierdziła, że i ten zarzut nie jest zasadny. Nie wskazano bowiem Izbie takiego postanowienia SIWZ, z którego wynikałoby, że łącznik Y ma być wykorzystywany przez 72 h. Zgodnie z odpowiedzią na pytanie nr 14 z 13.05.2015 r., to zamknięty system do odsysania miał zapewniać możliwość jego stosowania przez 72 h, a nie łącznik, o którym była mowa w odpowiedzi na pytanie nr 15 z tego samego dnia.

Analogicznie, za nowy, niezgłoszony w odwołaniu zarzut uznano argumentację odwołującego przedstawioną na rozprawie, jakoby wykorzystanie portu służącego nominalnie do bronchoskopii do podawania leków miało być sprzeczne z wymogiem, aby łącznik umożliwiał podanie leku bez rozłączania systemu od rurki intubacyjnej/tracheotomijnej. Przypomnienia wymagało w tym miejscu, że zarzut przedstawiony przez odwołującego w odwołaniu sprowadzał się jedynie do tezy, że zestaw przystępującego nie posiada żadnego portu pozwalającego na podanie leku. Okoliczności faktyczne przywołane przez odwołującego na rozprawie należało uznać zatem za całkowicie nowy zarzut, do którego Izba nie mogła się ustosunkować z powodu zakazu orzekania co do zarzutów niezawartych w odwołaniu.

W dalszej kolejności Izba rozpoznała zarzuty dotyczące niezgodności treści oferty przystępującego z wymogiem zamawiającego, zgodnie z którym oczekiwano dostawy zestawu do odsysania drzewa oskrzelowego m.in. z okrągłą, silikonową, główną zastawką PEEP automatycznie uszczelniającą cewnik po usunięciu go z rurki zapewniającą 100% szczelność zestawu. Powyższe wymagania wynikały z odpowiedzi na pytanie nr 14 zawartej w piśmie z 13 maja 2015 r.

Odwołujący w odwołaniu wywiódł, że oferta przystępującego jest niezgodna z ww. wymogiem, gdyż żaden z elementów zestawu do odsysania drzewa oskrzelowego zaoferowanego przez przystępującego, w tym zastawka PEEP, nie chronią przed

niezamierzonym przedostaniem się roztworu płuczącego cewnik do dróg oddechowych pacjenta.

Jak wynikało z powyższego, odwołujący utożsamiał wymóg zapewnienia 100 % szczelności zestawu z ochroną przez zastawkę PEEP lub inny element zestawu przed niezamierzonym przedostaniem się roztworu płuczącego cewnik do dróg oddechowych pacjenta. Dostrzec należało, że postanowienia SIWZ na zakup tak specjalistycznych wyrobów medycznych adresowane są do profesjonalistów w dziedzinie dostawy tych produktów. Zatem wykładni postanowień SIWZ należało dokonywać z uwzględnieniem tej okoliczności. W ocenie Izby, profesjonalistom powinno być znane, że rola zastawki PEEP (z ang. Positive End Expiratory Pressure czyli dodatnie ciśnienie końcowo-wydechowe) polega na utrzymywaniu stałego ciśnienia, podczas gdy cewnik nie jest używany do odsysania, a więc gdy nie jest aktywowane podciśnienie. Nie jest rolą zastawki PEEP utrzymywanie stałego ciśnienia w trakcie gdy cewnik jest używany do odsysania, a więc w przypadkach gdy aktywowane jest podciśnienie. W konsekwencji wymóg zapewnienia 100 % szczelności oferowanego zestawu przez zastawkę PEEP należało odczytywać z uwzględnieniem takiego właśnie charakteru omawianego elementu.

Okoliczność, że podczas procedury odsysania, a więc gdy aktywowane jest podciśnienie, mogą pojawiać się deficyty ciśnieniowe, które są uzupełniane przez respirator, nie była sporna pomiędzy stronami. Również w systemie zaoferowanym przez odwołującego występują deficyty ciśnieniowe w trakcie aktywacji podciśnienia, następującej przy odsysaniu. Powyższe przyznał w trakcie rozprawy odwołujący na pytanie zadane przez przewodniczącego. Pomimo to, system zaoferowany przez odwołującego jest uznawany przez niego za zamknięty, a więc system szczelny. Został wszak zaoferowany w odpowiedzi na wymóg z SIWZ zaoferowania systemu zamkniętego. Skoro tak, to zupełnie niezrozumiałym dla Izby było jednoczesne twierdzenie odwołującego, że za nieszczelny miałby zostać uznany system przystępującego z tego powodu, że podczas aktywacji podciśnienia występującej podczas przepłukiwania cewnika, mogą pojawiać się deficyty ciśnieniowe, wyrównywanie przez respirator.

W dalszej kolejności odwołujący podniósł w odwołaniu, że w zestawie zaoferowanym przez przystępującego komora płukania jest otwarta, co powoduje, że w trakcie przepłukiwania cewnika roztwór płuczący może dostać się do dróg oddechowych pacjenta. Tymczasem przystępujący w piśmie procesowym wyjaśnił, że procedurę odsysania prowadzi się przy aktywnym ssaniu, zaś podciśnienie zapobiega jakimkolwiek przedostawaniu się roztworu do dróg oddechowych. Stanowisko przystępującego na rozprawie popierał zamawiający. Izba stwierdziła, że odwołujący nie wykazał żadnym dowodem, aby w zestawie zaoferowanym przez przystępującego, przy aktywnym ssaniu nastąpiło przedostanie się

roztworu płuczącego do dróg oddechowych. W szczególności do wniosku takiego nie prowadził dowód z oględzin zestawu przeprowadzony w trakcie rozprawy. Dowód z oględzin zestawu przystępującego nie został bowiem przeprowadzony w warunkach, które pozwalałyby na zbadanie zachowania tego zestawu w warunkach aktywnego ssania, przy aktywnym podciśnieniu.

Nie świadczyła o niezgodności treści oferty przystępującego z wymogiem SIWZ odnośnie zapewnienia 100 % szczelności zestawu okoliczność, że w przypadku zestawu przystępującego w trakcie przepłukiwania cewnika, przy włączonym ssaniu, wykorzystywana jest część objętości oddechowej pacjenta, uzupełniana przez respirator. Jak stwierdzono wcześniej, wymóg zapewnienia 100 % szczelności zestawu należało rozumieć jako konieczność zapewnienia tej szczelności w warunkach, gdy nie jest aktywowane podciśnienie. Deficyty ciśnieniowe, jakie pojawiają się w momencie aktywacji podciśnienia w każdym zestawie zamkniętym, uzupełniane są poprzez respirator. Jak Izba podkreśliła wcześniej, w trakcie odsysania, przy włączonym ssaniu, również w zestawie zaoferowanym przez odwołującego występują deficyty ciśnieniowe wyrównywane przez respirator.

Odwołujący podniósł także, że o niezgodności treści oferty przystępującego z wymogiem SIWZ odnośnie zapewnienia 100 % szczelności zestawu świadczy to, że w trakcie przepłukiwania cewnika następuje utrata PEEP u pacjenta. W tym zakresie również należało podtrzymać wywody dotyczące tego, jak należy pojmować rolę zastawki PEEP w systemie zamkniętym i jak należy rozumieć wymóg zamawiającego odnośnie zachowania 100 % szczelności zestawu. Aktywacja podciśnienia w każdym systemie zamkniętym wiąże się z zabieraniem pewnej części objętości oddechowej pacjenta, co występuje w trakcie odsysania również w zestawie zaoferowanym przez odwołującego. Powstałe ubytki w zakresie PEEP niweluje respirator. Powyższe nie oznacza jednak, że system nie jest systemem zamkniętym i że zastawka PEEP nie zapewnia jego 100 % szczelności. Potwierdzeniem tej okoliczności była karta katalogowa zestawu zaoferowanego przez przystępującego, którą jako dowód złożył sam odwołujący. W karcie tej wyraźnie wskazano, że cechą systemu OptiFLo 72 h jest „brak strat PEEP”.

Podkreślenia wymagało w tym miejscu, że Izba nie jest zobowiązana do dociekania prawdy materialnej. Postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą ma charakter kontradyktoryjny, a brak przedstawienia dowodów na poparcie swojego stanowiska skutkuje nieuwzględnieniem zarzutu, który nie został udowodniony. Jak wskazano w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie w spr. o sygn. akt V Ca 571/08, kontradyktoryjny charakter postępowania odwoławczego przed KIO pozostawia inicjatywę dowodową

stronom, nie nakładając na KIO obowiązku ustalenia prawdy materialnej. Podobnie również stwierdził SO w Katowicach w wyroku o sygn. XIX Ga 92/08, iż „w postępowaniu odwoławczym przed KIO to strony postępowania, a nie Izba winna poszukiwać i wykazać dowody na poparcie swoich twierdzeń. Zatem obowiązkiem strony na której spoczywa ciężar dowodu jest wskazanie wszystkich okoliczności, od których zależy powodzenie wnoszonego odwołania. W przedmiotowej sprawie dotyczyło to *Odwołującego*”. Oznacza to zatem tyle, że każda ze stron prezentujących odmienne stanowiska procesowe obowiązana jest wskazywać dowody na poparcie swoich twierdzeń. W myśl art. 190 ust. 1 ustawy Pzp to strony obowiązane są wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Izba może, ale nie musi dopuszczać dowodów niewskazanych przez strony, zaś dopuszczenie dowodu z urzędu należy traktować jako wyjątek od zasady kontradiktoryjności. Konsekwencją niesprostania przez odwołującego obowiązkowi wykazania spornej okoliczności faktycznej były ujemne konsekwencje procesowe, w postaci konieczności oddalenia odwołania. Wobec niepotwierdzenia się podniesionych w odwołaniu zarzutów Izba stwierdziła, że zamawiający nie naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, gdyż oferta przystępującego nie podlegała odrzuceniu jako niezgodna z treścią SIWZ w zakresie wskazanym w odwołaniu.

Biorąc powyższe pod uwagę należało stwierdzić, że zamawiający prawidłowo ocenił ofertę złożoną przez przystępującego i nie dopuścił się naruszeń ustawy Pzp w zakresie wskazanym w odwołaniu.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza *uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia*. Wobec niepotwierdzenia się żadnego z zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba uznała, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Stosownie do art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie*. Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 1 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do oddalenia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 2 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok.

Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięcia o charakterze merytorycznym i formalnym, całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

W konsekwencji, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak sentencji.

Zgodnie z art. 192 ust. 9 ustawy Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Z kolei w świetle art. 192 ust. 10 ustawy Pzp, strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6.* Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że „*obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą” sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)*.” Jarosław Jerzykowski, *Komentarz do art.192 ustawy - Prawo zamówień publicznych*, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. *Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie: VI.*

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepis § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 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. Nr 41 poz. 238).

Izba uwzględniła koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w wysokości 3.600,00 zł, na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy, stosownie do brzmienia § 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b przywoływanego rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r.

Przewodniczący: