Sygn. akt: KIO 97/16

WYROK
z dnia 9 lutego 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Kuciak

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 lutego 2016 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 stycznia 2016 r. przez wykonawcę **AKSIS Hurtownia Sprzętu Medycznego I. S. Sp. J., ul. Przyrodników 1c, 80-298 Gdańsk** w postępowaniu prowadzonym przez **Szpital Specjalistyczny im.** Świętej **Rodziny Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej, ul. Madalińskiego 25, 02-544 Warszawa**
przy udziale wykonawcy **Covidien Polska Sp. z o.o., ul. Polna 11, 00-633 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **AKSIS Hurtownia Sprzętu Medycznego I. S. Sp. J., ul. Przyrodników 1c, 80-298 Gdańsk** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **AKSIS Hurtownia Sprzętu Medycznego I. S. Sp. J., ul. Przyrodników 1c, 80-298 Gdańsk** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164) 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: ……..…….....

Sygn. akt: KIO 97/16

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest *„dostawa drobnego sprzętu medycznego jednorazowego użytku”.* Ogłoszenie o zamówieniu zamieszczone zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 24 listopada 2015r. pod numerem 317896-2015.

W przedmiotowym postępowaniu Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i odrzucenia oferty Odwołującego w ramach części 1. zamówienia, zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów prawa:

a) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez bezprawne odrzucenie oferty Odwołującego,
b) art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez bezprawne zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty,
c) art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez bezprawny wybór jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez Covidien Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwanej dalej „Covidien" lub „Przystępujący”.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

− unieważnienia czynności odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego, unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, −
powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty złożonej przez − Odwołującego, w tym wyjaśnienia treści oferty złożonej przez Odwołującego, powtórzenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty. −

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podał, że Zamawiający, jak wynika z treści uzasadnienia decyzji, odrzucił ofertę Odwołującego z powodu „niezgodności *złożonych próbek z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia"* wskazując, iż *„po podłączeniu czujnika do pulsoksymetru wyświetla się komunikat DS100A. Komunikat ten informuje, że pulsoksymetr identyfikuje czujnik jako wielorazowy w technologii OXI MAX dla pacjentów > 40 kg. Zamawiający wymagał czujnika jednorazowego użytku w przedziale wagowym <3 kg i od 3 do 40 kg. Zaoferowane próbki są niezgodne z opisem przedmiotu zamówienia".* W opinii Odwołującego, zarzut powyższy jest bezzasadny.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) w załączniku 2-1 (Formularzu asortymentowo-cenowy dla części 1) określił parametry zamawianego sprzętu dla pozycji 1 i 2, tj.:
1) Czujnik noworodkowy, jednorazowy do Pulsoksymetru f. Nellcor, działający w technologii OxiMax od 3 do 20 kg (w udzielonych wyjaśnieniach z dnia 7 lutego 2015 r. w

odpowiedzi na pyt. 3 Zamawiający dopuścił czujnik dla pacjentów w przedziale wagowym od 1 do 20 kg oraz na pyt. 6 - czujnik od 3 do 40 kg);
2) Czujnik noworodkowy, jednorazowy do Pulsoksymetru f. Nellcor, działający w technologii OxiMax < 3 kg.
Dodatkowo zawarł wymóg złożenia wraz z ofertą po 1 sztuce próbek *„do sprawdzenia kompatybilności czujnika z monitorem i pulsoksymetrem oraz sprawdzenia zgodności oferowanego towaru z opisem zawartym w SIWZ"* (pkt III SIWZ).

Odwołujący podał, że dostarczył wraz z ofertą wymagane próbki:
- dla pozycji 1 - czujnik o nr katalogowym S0026L-LPS

- dla pozycji 2 - czujnik o nr katalogowym S0026M-LPS,
których producentem jest Shenzhen Med-link Electronics Tech Co., Ltd.

Dalej Odwołujący wyjaśnił, że po podłączeniu dostarczonych próbek rzekomo pojawił się komunikat identyfikujący typ zastosowanego czujnika, a mianowicie komunikat DS100A informujący, iż są to czujniki wielokrotnego użytku dla osób o wadze powyżej 40 kg.

Odwołujący stoi na stanowisku, iż jest to identyfikacja błędna oraz, że zaoferowane czujniki dla pozycji 1 i 2 Formularza asortymentowo-cenowego (załącznik 2-1 do SIWZ) są czujnikami jednokrotnego użytku, przeznaczonymi dla noworodków i dzieci o wadze poniżej 3 kg, jak i w przedziale od 3 do 40 kg. Potwierdza to treść oferty Odwołującego (oświadczenie w treści formularza asortymentowo-cenowego), a także opis na opakowaniach oraz sam wygląd załączonych do oferty próbek. Zamawiający mógł więc, zdaniem samodzielnie ocenić spełnienie przez Odwołującego, oferowane czujniki parametrów wskazanych przez Zamawiającego w SIWZ. Z powyższego jednoznacznie wynika, w ocenie Odwołującego, że nieprawdziwy jest zarzut niezgodności zaoferowanych przez Odwołującego czujników z opisem przedmiotu zamówienia, zarówno w zakresie możliwej krotności ich użytkowania, jak i przeznaczenia, a także przedziałów wagowych pacjentów. Zaoferowane czujniki, jak podał Odwołujący, są czujnikami jednokrotnego użytku, przeznaczonymi dla noworodków i dzieci o wadze poniżej 3 kg i od 3 do 40 kg, a zatem spełniają wymagania SIWZ. W tym przedmiocie Odwołujący powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 września 2013 r. (sygn. akt: KIO 2131/13), w którym wskazano, że *„w sytuacji, gdy niezgodności treści oferty z treścią SIWZ nie można wywieść przez odpowiednie porównanie wymagań zamawiającego ze zobowiązaniem wykonawcy, nie można stwierdzić, że niezgodność występuje w stopniu uzasadniającym nakazanie zamawiającemu odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy".*

Zdaniem Odwołującego, wyświetlony komunikat DS100A powinien być dla Zamawiającego jedynie impulsem do powzięcia wątpliwości, co do zgodności oferowanych czujników z opisem przedmiotu zamówienia i wezwania do wyjaśnienia treści oferty w oparciu o art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Jednakże czynność tę Zamawiający bezzasadnie

pominął. Na dowód powyższego Odwołujący przedłożył „wydruk ze strony internetowej producenta czujników http://www.med-linket.com/en/product/show 143.html w wersji anglojęzycznej wraz z tłumaczeniem na język polski, karty katalogowe dla produktów o nr kat. S0026L-LPS i S0026M-LPS".

Odwołujący podniósł, że Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego podał, iż pulsoksymetr zidentyfikował podłączony do niego czujnik jako czujnik wielorazowy w technologii OXI MAX dla pacjentów > 40 kg, o czym ma świadczyć komunikat DS100A. Mając na względzie argumentację Zamawiającego, w opinii należy że zidentyfikował czujniki Odwołującego, stwierdzić, pulsoksymetr błędnie zaoferowane przez Odwołującego.

Co więcej, w ocenie Odwołującego, poprawna identyfikacja czujnika nie mieści się w zakresie pojęcia kompatybilności. Jak stwierdzono w jednym z wyroków Krajowej Izby Odwoławczej, o kompatybilności systemu opisanego przez zamawiającego decyduje zakres lub cechy tej współpracy lub wymagane funkcjonalności (wyrok KIO z dnia 25 maja 2015 r., sygn. akt: KIO 978/15). W dalszej części tego wyroku skład orzekający stwierdził, że *„pojęcie "kompatybilny" nie ma jasnej i jedynej definicji. Nie oznacza ono wyłącznie "przystosowany do czegoś pod każdym względem". Powołany przez zamawiającego słownik języka polskiego (www.sjp.pwn.pl) wskazuje, że kompatybilny to również* "zgodny" *lub "mogący działać łącznie". Stopień zgodności lub zakres współdziałania obu systemów powinien określić zamawiający w SIWZ. Jak już zostało wskazane, zamawiający nie określił; kiedy wymaganie kompatybilności zostanie spełnione".*

Zdaniem Odwołującego, w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający również nie wskazał sposobu oceny kompatybilności oferowanych czujników z posiadanym przez Zamawiającego urządzeniem Nellcor N-600 - nie określił ani stopnia zgodności, ani też zakresu współdziałania pulsoksymetru i oferowanego czujnika. Identyfikacja oferowanego czujnika jako DS100A nie oznacza, że oferowany czujnik nie będzie kompatybilny z pulsoksymetrem Zamawiającego. Zatem, zdaniem Odwołującego, decydujące przy ocenie kompatybilności powinno być poprawne działanie oferowanych czujników w takim zakresie, w jakim wymaga tego posiadane przez Zamawiającego urządzenie. „Podkreślić *należy,* że *„produkt, czy też urządzenie kompatybilne nie musi być kompatybilne w każdym z elementów produktu, czy urządzenia podstawowego. Ma zagwarantować jego bezawaryjną pracę, jednakże nie musi odpowiadać jego wszystkim parametrom, czy też wymogom. Zastrzeżenie powyższe jest możliwe, gdyż może dojść do sytuacji wykorzystywania produktów (urządzeń) kompatybilnych w zakresie danej technologii, bez pełnego zakresu możliwego do uzyskania. Tylko niektóre elementy mogą być wykorzystywane (wyrok* KIO z dnia 13 kwietnia 2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 396/10).

W opinii Odwołującego, niewłaściwa identyfikacja czujnika nie ma żadnego znaczenia

dla właściwego pomiaru saturacji, a o przeznaczeniu oferowanego czujnika decyduje faktycznie jego forma zewnętrzna. Na dowód powyższego Odwołujący przedłożył deklarację producenta czujników o kompatybilności czujników z technologią Nellcor Oximax w wersji anglojęzycznej wraz z tłumaczeniem na język polski, raport z testu dokładności wskazań czujnika saturacji S0026M-L podłączonego do symulatora pulsoksymetru Nellcor N-600 w wersji anglojęzycznej wraz z tłumaczeniem na język polski.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Zgodnie z rozdziałem III SIWZ *„przedmiotem zamówienia jest sprzedaż i dostarczenie do zamawiającego drobnego sprzętu medycznego jednorazowego użytku w ilościach i w asortymencie wymienionych w formularzach asortymentowo - cenowych, przedstawionych w Załącznikach nr 2-1 - 2-13". (...)* Wykonawca winien zaś dostarczyć *„po 1 sztuce próbek towaru z załącznika 2 - 1 poz. 1 i 2. do sprawdzenia kompatybilności czujnika z monitorem i pulsoksymetrem oraz do sprawdzenia zgodności oferowanego towaru z opisem zawartym w SIWZ. W przypadku zaoferowania czujników wymagających zastosowania adaptera do próbki należy dołączyć również adapter. Brak zgodności spowoduje odrzucenie oferty".*

W załączniku nr 2-1 do SIWZ, stanowiącym formularz asortymentowo-cenowy wymieniono następujący asortyment:

L.p. 1 – „Czujnik *noworodkowy, jednorazowy do Pulsoksymetru f. Nellcor, działający w technologii OxiMax od 3 do 20 kg. Zaoferowany czujnik musi być kompatybilny z pulsoksymetrem i monitorem. 1 op = max 25 szt."*

L.p. 2 – *„Czujnik noworodkowy, jednorazowy do Pulsoksymetru f. Nellcor, działający w technologii OxiMax < 3 kg. Zaoferowany czujnik musi być kompatybilny z pulsoksymetrem i monitorem. 1 op = max 25 szt."*

W rzeczonym formularzu należało wskazać nazwę oferowanego produktu,

producenta i numer katalogowy.

Pismem z dnia 7 grudnia 2015 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na pytania wykonawców, w szczególności:

„Część 1 zamówienia

Pytanie 1

Dotyczy Części nr 1 poz. 1, 2

Prosimy o podanie modelu pulsoksymetru firmy Nellcor, z którymi mają być kompatybilne czujniki SpO2.

Odp. Zamawiający posiada pulsoksymetr Nellcor OxiMax N-600 Covidien.

Pytanie 2

Poz. 1, 2, 3

Czy Zamawiający dopuści zamienniki oryginalnych czujników, z powodzeniem wykorzystywane obecnie w wielu szpitalach?

Odp. Zamawiający dopuszcza czujniki opisane w pytaniu pod warunkiem ich kompatybilności z pulsoksymetrem i monitorem, działające w technologii Oximax.

Pytanie 3 Poz. 1

Czy Zamawiający dopuści czujnik, pracujący w technologii Oximax, dla pacjentów w przedziale wagowym od 1 do 20 kg?

Odp. Tak, Zamawiający dopuszcza czujnik opisany w pytaniu pod warunkiem że *będzie on kompatybilny z pulsoksymetrm i monitorem."*

Pytanie 6 Poz. 1

Zwracamy się do Zamawiającego o dopuszczenie czujnika w technologii OxiMax do 3 do 40 kg, pozostałe parametry bez zmian.

Odp. Zamawiający dopuszcza czujnik od 3 do 40 kg."

W formularzu asortymentowo-cenowym, stanowiącym złącznik nr 2-1 do oferty (str. 3) Odwołujący zaoferował:

Poz. 1 – *„jednorazowy czujnik SpO2 typu Nellcor OxiMax, Med.-link, nr kat. S0026L-LPS"*

Poz. 2 – *„jednorazowy czujnik SpO2 typu Nellcor OxiMax, Med.-link, nr kat. S0026M-LPS".*

Pismem z dnia 19 stycznia 2016 r. Zamawiający poinformował, że: *„Na podstawie art. 89 ust. 1 p. 2, Zamawiający odrzuca ofertę firmy Aksis Hurtownia Sprzętu Medycznego I. S. Sp. J., z siedzibą w Gdańsku przy ul. Przyrodników 1c, złożoną na część 1 zamówienia, z powodu niezgodności złożonych próbek z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Po podłączeniu czujnika do pulsoksymetu wyświetla się komunikat DS100A. Komunikat ten informuje* że *pulsoksymetr identyfikuje czujnik jako wielorazowy w technologii OXI MAX dla pacjentów > 40 kg. Zamawiający wymagał czujnika jednorazowego użytku w przedziale wagowym < 3 kg i od 3 do 40 kg. Zaoferowane próbki są niezgodne z opisem przedmiotu."*

W dalszej kolejności odnotować należy, że zarówno Odwołujący, jak i Przystępujący zgłosili szereg wniosków dowodowych, do których przynajmniej w części należało odnieść się krytycznie. Nie można tracić z pola widzenia, że strona czy uczestnik postępowania domagając się dokonania ustaleń przez Izbę na podstawie zaofiarowanych dowodów winien przedstawić je w sposób, który umożliwia ich weryfikację pod względem kompletności, autentyczności i pochodzenia. Nabiera to szczególnego znaczenia, jeśli idzie o źródła dowodowe, którymi są wydruki ze stron internetowych czy materiały dotyczące określonych produktów (instrukcje obsługi, foldery, ulotki). Tego rodzaju dokumenty ze względu na swoją

specyfikę dają dużą możliwość ingerencji w ich treść, a zatem z wielką ostrożnością należy zaliczać je w poczet materiału dowodowego, który ma stać się podstawą dokonanych ustaleń, mających rozstrzygające znaczenie dla sprawy.

Dokonując oceny zaoferowanych dowodów Izba nie uwzględniła wniosku dowodowego Odwołującego o przeprowadzenie dowodu z wydruku ze strony internetowej producenta czujników zaoferowanych przez Odwołującego. Warto w tym miejscu powołać się na stanowisko doktryny, które Izba aprobuje, że „zarówno do wydruków zawartości

plików komputerowych, jak również zawartości stron "www" należy stosować odpowiednio przepisy o dowodzie z dokumentu. Na potrzeby postępowania dowodowego niezbędne jest zaznaczenie daty sporządzenia wydruku oraz zaopatrzenie go w podpis. Wydruk stanowi oświadczenie osoby, która go sporządziła, iż dokonała danego wydruku. Jakkolwiek nie można przyjąć, że oświadczenie to jest zgodne z rzeczywistym stanem rzeczy, to należy przyjąć, że przedmiotowy środek dowodowy ma charakter dokumentu prywatnego świadczący o istnieniu zapisu komputerowego określonej treści w chwili dokonywania wydruku" (Dolecki Henryk (red.), Wiśniewski Tadeusz (red.), Gromska-Szuster Irena, Jakubecki Andrzej, Klimkowicz Jan, Knoppek Krzysztof, Misiurek Grzegorz, Pogonowski Piotr, Zembrzuski Tadeusz, Żyznowski Tadeusz: Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Lex, 2013).

W przypadku wydruku przedłożonego przez Odwołującego nie jest możliwe stwierdzenie, kto go wydrukował i że osoba, która to uczyniła potwierdza, że stanowi on odwzorowanie określonej strony internetowej w konkretnej dacie. Zdaniem Izby, nie sposób każdego utrwalenia znaków czy też pisma czynić podstawą ustaleń, skoro brak potwierdzenia podstawowych elementów. Takie podejście stanowiłoby zachętę do prokurowania dowodów, zaś postępowanie dowodowe, mające istotne znaczenie, w rzeczywistości byłoby oparte na iluzorycznych podstawach.

Na marginesie wskazać należy, że Izba akceptując powołany wyżej pogląd doktryny, co do sposobu przedstawienia dowodu z wydruku ze strony internetowej, stoi na stanowisku, iż w takiej sytuacji najwłaściwsze byłoby zgłoszenie wniosku o przeprowadzenie dowodu z oględzin strony internetowej istniejącej pod określonym adresem, daje to bowiem możliwość niebudzącego wątpliwości stwierdzenia zawartości danej strony internetowej.

Izba oddaliła wnioski dowodowe zgłoszone przez Przystępującego, których przedmiotem miały być instrukcje obsługi, dotyczące pulsoksymetru N-600x i NBP-40 stwierdzając po pierwsze, że posłużenie się wyciągiem z dokumentu, aczkolwiek dopuszczalne, rodzi obowiązek po stronie występującego z żądaniem przeprowadzenia rzeczonego dowodu, wykazania, częścią jakiego dokumentu i przez kogo sporządzonego jest przedmiotowy wyciąg. Izba dopuszczając taki dowód winna mieć pewność co do istnienia określonego dokumentu i jego zawartości tym bardziej, o czym była mowa wyżej, że

---

ingerencja w treść tego rodzaju dokumentów nie nastręcza problemów. Odwołujący powołując się na wyciąg z instrukcji obsługi pulsoksymetru NBP-40 przedstawił stronę tytułową i stronę 11 tejże instrukcji. Na tej podstawie Izba nie ma możliwości stwierdzenia, że owa strona 11 stanowi część tej właśnie instrukcji (brak chociażby spisu treści), a nadto nie sposób czynić ustaleń na podstawie informacji zamieszczonych na tej stronie, skoro stanowią one wyrwany z kontekstu zbiór danych.

Jeśli idzie o instrukcję obsługi pulsoksymetru N-600x, to tutaj sytuacja jest jeszcze mniej klarowna, bowiem jedynie z informacji zawartych w stopce dokumentu możemy się dowiedzieć, że mamy do czynienia z instrukcją. Zdaniem Izby, niezbędne jest wykazanie, że taki dokument istnieje (karta tytułowa, spis treści), pochodzi od określonego podmiotu, a treść, na którą powołuje się wykonawca stanowi zawartość rzeczonego dokumentu. Oceny Izby nie zmienia okoliczność, iż profesjonalny pełnomocnik potwierdził zgodność tych stron z oryginałem. Raz jeszcze należy podkreślić, że jakakolwiek treść przedstawiona na papierze nie może stanowić podstawy do przyjęcia, że jest to wyciąg z określonego dokumentu, który został przygotowany niezależnie od toczącego się sporu, a więc nie na potrzeby niniejszego postępowania.

Niezależnie od tych uwag podkreślić należy, że oba dokumenty dotyczą czujników firmy Nellcor, a te nie są przedmiotem sporu.

Izba odmówiła również przeprowadzenia dowodów z dokumentów stanowiących wyciąg z normy ISO 80601-2-61:2011 (E) i instrukcji użytkowania pulsoksymetru Fluke, mając na uwadze argumentację powołaną wyżej. Ponadto, przeprowadzenie dowodu z dokumentu sporządzonego w języku obcym winno być dokonane w oparciu o ten dokument, przy uwzględnieniu jego tłumaczenia na język polski (§ 19 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań – Dz. U. z 2014, poz. 964). Źródłem dowodowym jest tenże dokument, a nie jego tłumaczenie. Chodzi bowiem o przeprowadzenie dowodu z dokumentu zagranicznego.

W tym miejscu warto odwołać się do poglądów doktryny wyartykułowanych na

gruncie postępowania cywilnego (art. 256 k.p.c.), jednakże aktualnych w postępowaniu przed Krajową Izbą Odwoławczą jako, że dotyczą podstawowych zasad prowadzenia postępowania dowodowego, sankcjonujących pogląd, iz dokument przedłożony w języku obcym stanowi podstawę do przeprowadzenia dowodu z dokumentu zagranicznego. *„Dowód z dokumentu zagranicznego sąd przeprowadzi dopiero po przetłumaczeniu go na język polski przez tłumacza przysięgłego. Tylko bowiem tłumaczenie dokonane przez tłumacza przysięgłego może stanowić miarodajny punkt odniesienia dla decyzji procesowych sądu orzekającego”* (Jakubecki A. (red.), Bodio J., Demendecki T., Marcewicz O., Telenga P.,

Wójcik M.P. Komentarz aktualizowany do ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego).

Należy zwrócić uwagę, że niedopełnienie powyższego powoduje, iż traci się z pola widzenia oryginalną (pierwotną) treść dokumentu i pozbawia się Izbę i innych uczestników postępowania możliwości zweryfikowania poprawności tłumaczenia. Stanowisko to nabiera szczególnego znaczenia biorąc pod uwagę, że mocą przepisu art. 13 ust. 1 ustawy z dnia 25 listopada 2004 r. o zawodzie tłumacza przysięgłego (Dz. U. z 2015 r., poz. 487 ze zm.), tłumacz przysięgły jest uprawniony do sprawdzania i poświadczania tłumaczeń z języka obcego na język polski, sporządzonych przez inne osoby.

Ponadto, nie można pominąć, że tłumacz przysięgły, który dokonał przekładu, uczynił to na podstawie kopii dokumentu. Z adnotacji tłumacza nie wynika, aby kopia będąca przedmiotem przekładu była poświadczona za zgodność z oryginałem, biorąc zaś pod uwagę obowiązki tłumacza przysięgłego, wynikające z art. 18 ust. 3 ustawy o tłumaczach przysięgłych należało przyjąć, że w istocie podstawą tłumaczenia była jedynie kserokopia. Niedoświadczona kserokopia, zgodnie z ugruntowanym poglądem orzecznictwa, nie jest zaś dokumentem. Kserokopia, jako mająca cechy dowodu wtórnego, wymaga potwierdzenia jej zgodności z oryginałem. Zatem, jeżeli pismo nie może być uznane za dokument, nie może być ono podstawą do prowadzenia dowodu (wyrok SA w Poznaniu z dnia 24 listopada 2010 r., sygn. akt: I ACa 831/10). W niniejszej sprawie oznacza to, że przedmiotowe wyciągi nie powinny być przedmiotem dowodu, bowiem nie sposób przyjąć, nie mając ku temu żadnych podstaw, że zostały sporządzone w oparciu o istniejący dokument i to o treści przedstawionej.

Izba odmówiła również przeprowadzenia dowodu z pisma Przystępującego z dnia 18 grudnia 2015 r. przedłożonego Zamawiającemu, bowiem stanowi ono dowód tego, że osoba, która je podpisała złożyła oświadczenie tam zawarte, ale brak dowodu, że twierdzenia te odpowiadają prawdzie. W istocie jest to stanowisko strony w sprawie, zainteresowanej odrzuceniem oferty Odwołującego, co czyniłoby podstawę ustaleń dokonanych na jego podstawie wątpliwą i nieuzasadnioną.

Izba oddaliła wniosek dowodowy zgłoszony przez Przystępującego w załączniku numer 8 do pisma z dnia 28 stycznia 2016 r., stanowiącego przystąpienie do postępowania odwoławczego, zawierający rysunek. Po pierwsze, rzeczony rysunek został przedstawiony na dowód istnienia okoliczności, która nie jest przedmiotem sporu. Po drugie, brak objaśnień dotyczących wskazanych tam zależności i wartości, przy braku wskazania źródła występujących zależności (kto dokonał tych ustaleń, na jakiej podstawie) powoduje, że rysunek ten nie poddaje się ocenie.

Przedstawiony wraz z przystąpieniem *Przewodnik po czujnikach* jako dowód okazał się nieprzydatny dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy. Po pierwsze bowiem, dotyczy

czujników zaoferowanych przez Przystępującego, które nie są przedmiotem oceny w toku przedmiotowego postępowania. Po drugie, został powołany na okoliczność zgodności czujników Nellcor Oximax z SIWZ, której nikt nie kwestionuje.

Izba oddaliła wniosek dowodowy zgłoszony przez Przystępującego i popierany przez Odwołującego o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego albo jednostki z dziedziny badań, materiałów i technologii na okoliczność cech charakterystycznych produktów oferowanych przez Odwołującego oraz czy odpowiadają wymaganiom określonym w SIWZ, z uwzględnieniem testu przeprowadzonego przez Zamawiającego, wykazującego niezgodność zaoferowanych produktów z SIWZ oraz na okoliczność podniesionych w treści

przystąpienia niezgodności, również dotyczących wymogu kalibracji cyfrowej i pracy w technologii Oximax. Po pierwsze, dostrzec należy, że teza dowodowa została zarysowana zbyt szeroko, bowiem przedmiotem sporu nie jest gama cech charakterystycznych czujników zaoferowanych przez Odwołującego w części 1. zamówienia, a jedynie te, które były podstawą odrzucenia oferty Odwołującego. Zaś zgłaszane przez Przystępującego dalsze niezgodności oferowanych przez Odwołującego czujników jako, że nie są przedmiotem sporu, nie mogą stanowić postawy dowodzenia. Zwrócić należy uwagę Przystępującemu, że kontrola Izby dotyczy decyzji Zamawiającego w ramach zarysowanych przez Zamawiającego podstaw faktycznych (art. 180 ust. 1 w zw. Z art. 172 ust. 1 ustawy Pzp). Nadto, uszło uwadze Przystępującego, że czynności uczestnika postępowania nie mogą pozostawać w sprzeczności z czynnościami i oświadczeniami strony, do której przystąpił (art. 185 ust. 5 ustawy Pzp), co oznacza, że Przystępujący nie jest uprawniony do formułowania twierdzeń i domagania się badania w zakresie szerszym niż podstawy faktyczne decyzji Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego. Ponadto, sporządzenie opinii na podstawie wyników testu przeprowadzonego przez Zamawiającego nie jest możliwe, bowiem Przystępujący nie wykazał, że taki test, w postaci dokumentu istnieje, według ustaleń Izby brak rzeczonego testu, zatem brak substratu do badań. Dodatkowo, w ocenie Izby, jedynie dowód z oględzin z udziałem biegłego mógłby dać odpowiedź na pytanie, czy sporne próbki po podłączeniu do pulsoksymetru Zamawiającego identyfikowane są jako wielorazowego użytku dla dorosłych. Przeprowadzenie dowodu w tym przedmiocie jest zbędne również i z tego powodu, że Odwołujący nie tyle kwestionuje tę identyfikację, ale podważa jej prawidłowość, a tej okoliczności teza dowodowa nie dotyczy. Z tego też punktu widzenia przeprowadzenie rozważanego dowodu w granicach tezy dowodowej zarysowanej przez Odwołującego nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy, a Odwołujący nie wnosił o jej rozszerzenie w aspekcie, o którym była mowa wyżej.

Fotografie przedłożone przez Zamawiającego nie zostały dopuszczone w poczet dowodów, bowiem okoliczność, że na urządzeniu wyświetla się określony komunikat nie jest przedmiotem sporu. Odwołujący przyznał, że identyfikowane czujniki mogą być

---

nieprawidłowo identyfikowane (str. 4 odwołania oraz str. 4 pisma procesowego z dnia 9 lutego 2016 r.), zatem należało uznać, że jest to okoliczność bezsporna między stronami.

Z kart katalogowych dotyczących spornych produktów wynika, że Odwołujący zaoferował czujniki „przeznaczone dla jednego pacjenta" oraz „dla niemowląt o wadze 3-20 kg" (numer katalogowy produktu S0026-L-LPS), a także „dla niemowląt i dzieci <3 kg i dla dorosłych > 40 kg" (numer katalogowy produktu S0026M-LPS). Powyższe informacje stanowią również element opisu próbek, które Odwołujący przedłożył w toku rozprawy. Dodatkowo znajduje się tam również wskazanie, że zaoferowane przez Odwołującego czujniki współpracują z oksymetrami Nellcor.

Dodatkowo, Odwołujący przedłożył wraz z odwołaniem *Deklarację* producenta zaoferowanych czujników, w której potwierdzono, że przedmiotowe czujniki są czujnikami jednorazowymi, *„są w procesie produkcji kalibrowane metodami cyfrowymi i analogowymi. Wyżej wymienione czujniki mają wbudowany cyfrowy chip odpowiedzialny za prawidłowy poziom pomiaru Spo2 i są całkowicie kompatybilne z technologią Nellcor OxiMax."*

Z przedstawionego przez Odwołującego *Raportu z testu* wynika, że urządzeniem testującym był symulator saturacji Fluke i Nellcor NBP40, a celem testu było *„zbadanie dokładności próbki: czy spełnia wymogi po podłączeniu do monitora pacjenta Nellcor." Podstawą testu, jak wskazano, jest „zarejestrowana norma dla czujników SPO2 „YZB/YUE 0302-2006."*

Odwołujący przedłożył również w języku angielskim *Domową instrukcję obsługi* pulsoksymetru Nellcor OxiMax N-600 wraz z tłumaczeniem na język polski, jednakże Izba odmówiła przeprowadzenia dowodu z przedmiotowego dokumentu. Podkreślenia wymaga, że dokument należy przedstawić w taki sposób, aby było możliwe stwierdzenie, że wyciąg z dokumentu (załączone strony) stanowi element tego właśnie dokumentu, a treść nie może być prezentowana w taki sposób, że Izba dysponuje opisami, które nie wiadomo, w jakim kontekście zostały zamieszczone.

Izba nie dopuściła również dowodu z *Instrukcji użytkowania czujnika Nellcor Max-N* z podanych powyżej powodów. Dostrzeżenia wymaga, że w przypadku wyciągu z tego dokumentu nie jest nawet możliwe stwierdzenie, że przedłożony tekst pochodzi z tej właśnie *Instrukcji.*

Izba odmówiła przeprowadzenia dowodu z *Instrukcji użytkowania* pulsoksymetru Nellcor N-600 dostrzegając, że Izba musi mieć możliwość identyfikacji określonych stron jako wyciągu z dokumentu wskazanego przez stronę, czego nie zapewniono. Nadto, przeprowadzenie dowodu z rzeczonego dokumentu, w opinii Izby, było bezprzedmiotowe, bowiem przedmiotem sporu, nie jest ocena, czy czujnik posiada funkcję LoSat i czy jest ona immanentną cechą technologii OxiMax.

Niezależnie od podanych wyżej powodów oddalenia wniosków dowodowych dotyczących przedłożonych dokumentów generalnie wskazać należy, że odmowa przeprowadzenia dowodów z dokumentów była podyktowana i tą okolicznością, iż ich przeprowadzenie nie zmierzało do ustalenia okoliczności mających rozstrzygające znaczenie dla niniejszej sprawy (nie były przedmiotem sporu) albo wskazany środek dowodowy nie był dopuszczalny w okolicznościach niniejszej sprawy (Zamawiający wskazał, że weryfikacja próbek zostanie dokonana nie w oparciu o dokumenty, ale po podłączeniu czujników do pulsoksymetru).

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności dostrzeżenia wymaga, że Zamawiający żądał dostarczenia próbek oferowanych czujników w celu sprawdzenia po pierwsze, kompatybilności czujników z monitorem i pulsoksymetrem, po drugie, zgodności oferowanego towaru z opisem zawartym w SIWZ. Na tle postanowień SIWZ, zdaniem Izby, nie budzi wątpliwości, że przedmiotem oceny nie był wygląd i opis próbki, ale ocena po podłączeniu do pulsoksymetru. Zamawiający wyraźnie bowiem wskazał w treści SIWZ, że jeśli skorzystanie z próbki wymaga wykorzystania adaptera, to taki należy dostarczyć, podał również, jaki pulsoksymetr jest w jego posiadaniu i który w konsekwencji będzie urządzeniem testującym.

Reasumując, w opinii Izby, z woli Zamawiającego, wyartykułowanej w SIWZ i potwierdzonej w wyjaśnieniach, przedmiotem oceny były próbki zaoferowanych czujników w trakcie pracy (po podłączeniu czujników do pulsoksymetru). Zatem, zarówno kompatybilność czujników z monitorem i pulskosymetrem, jak i pozostałe cechy czujników, wymagane przez Zamawiającego, oceniano na podstawie przeprowadzonego testu próbki z użyciem wskazanego pulsoksymetru. Sposób tej oceny nie budzi tym bardziej wątpliwości, jeśli zwróci się uwagę, że Zamawiający nie żądał przedłożenia jakichkolwiek dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, potwierdzających spełnianie przez rzeczone czujniki wymagań Zamawiającego.

Odnotowania wymaga, że przyjęty przez Zamawiającego sposób oceny nie był przez wykonawców kwestionowany, co oznacza, iż wykonawcy nie mogą domagać się weryfikacji treści swojej oferty na innej podstawie niż ta, która został zakomunikowana przez Zamawiającego w SIWZ i zaakceptowana przez wykonawców. Przyjęcie poglądu przeciwnego doprowadziłoby do złamania jednej z podstawowych zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a mianowicie równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp).

Z tych przyczyn należało uznać za nietrafny argument Odwołującego, że wystarczającym dla potwierdzenia zgodności oferowanych czujników z oczekiwaniami

Zamawiającego było oświadczenie zawarte w treści formularza asortymentowo-cenowego, a także opis na opakowaniach próbek oraz sam wygląd czujników. Izba nie może uznać za rozstrzygające w niniejszej sprawie okoliczności, które nie zostały ustalone w wyniku badania przeprowadzonego po podłączeniu czujników do pulsoksymetru, skoro wynik tego badania był podstawą oceny. Innymi słowy, sam fakt, że w opisie próbek czy w kartach katalogowych wskazano na konkretne cechy czujników nie może przesądzać o ich zgodności z wymaganiami Zamawiającego.

Zwrócić należy uwagę, że Odwołujący nie kwestionował, iż po podłączeniu zaoferowanych czujników do pulsoksymetru pojawił się komunikat DS100A, który stanowi identyfikację czujnika wielorazowego w technologii Oximax dla pacjentów powyżej 40 kg. Odwołujący stał jednak na stanowisku, że ten komunikat jest błędny, a jest to skutkiem

ochrony własności przemysłowej Przystępującego i koncernu Medtronic. Odwołujący wyjaśnił, że inne czujniki niż te wyprodukowane przez Nellcor po podłączeniu do pulsoksymetru Nellcor N-600 identyfikują czujnik w podany sposób. Niemniej jednak jest to jedynie stanowisko strony w procesie, niepoparte jakimikolwiek dowodami, zatem nie sposób na tej podstawie oprzeć rozstrzygnięcia w niniejszej sprawie. Co więcej, stanowisko to jest nieprzekonujące biorąc pod uwagę okoliczność, że Odwołujący miał wiedzę, iż oferowany przez niego czujnik rzekomo jest błędnie identyfikowany przez urządzenie Nellcor N-600, a jednocześnie nie kwestionował postanowień SIWZ wskazujących sposób oceny i nie zwrócił uwagi na powyższe Zamawiającemu. Jeśli jest tak, jak twierdzi Odwołujący, to powinien on dążyć do przeprowadzenia badania przy pomocy innego urządzenia, tymczasem Odwołujący zachował w tym względzie bierność, co tym bardziej budzi wątpliwości.

Izba nie podziela zdania Odwołującego, że komunikat DS100A powinien być dla Zamawiającego jedynie impulsem do powzięcia wątpliwości, co do zgodności oferowanych czujników z opisem przedmiotu zamówienia i podstawą do wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty (art. 87 ust. 1 ustawy Pzp). Odwołujący pomija, że podstawą badania zgodności oferowanych próbek z SIWZ oraz kompatybilności z pulsoksymetrem była identyfikacja czujników po podłączeniu do pulsoksymetru. Skoro test ten wypadł negatywnie dla Odwołującego, to Zamawiający, biorąc poda uwagę, iż zastrzegł, że jeśli wynik tego badania wypadnie niepomyślnie dla wykonawcy, to skutkować to będzie odrzuceniem jego oferty, nie mógł inaczej postąpić niż wskazał w SIWZ. Wdrożenie procedury wyjaśniającej w istocie doprowadziłoby do modyfikacji systemu oceny i przyjęcia za rozstrzygające wyjaśnień Odwołującego, a nie wyniku badania próbek. Tym bardziej, że wykonawcy zaakceptowali nie tylko sposób oceny, ale i posiadali informację o urządzeniu testującym.

Zdaniem Izby, nie sposób zarzucać Zamawiającemu zaniechanie wezwania do wyjaśnień Odwołującego, skoro komunikat i jego znaczenie nie budzi wątpliwości, a

przedmiotem oceny miał być właśnie wynik badania czujnika po podłączeniu do pulskoksymetru. Podkreślenia wymaga, że negatywny wynik badania nie może być podstawą do wezwania do złożenia wyjaśnień, skoro sposób oceny został wykonawcom zakomunikowany.

Izba nie podziela również poglądu Odwołującego, że poprawna identyfikacja czujnika nie mieści się w zakresie pojęcia kompatybilności. Zwrócić należy uwagę, że Zamawiający oczekiwał, iż oferowane czujniki będą kompatybilne z określonym pulsoksymetrem i monitorem. W ocenie Izby, posiłkując się wykładnią gramatyczną, przyjąć należy, że „kompatybilny" oznacza mogący współgrać z innym czynnikiem, elementem, nie powodując zakłóceń; wzajemnie się uzupełniający; zgodny z czymś (Słownik języka polskiego, wersja elektroniczna), a zatem prawidłowa identyfikacja czujnika przez pulsoksymetr stanowi o prawidłowej współpracy pomiędzy urządzeniami, a tym samym o kompatybilności. Zdaniem Izby, jest to podstawowy warunek, który świadczy o istnieniu kompatybilności i nie wymaga szczegółowego opisu. Zatem, nie sposób uznać, że w sytuacji błędnej, jak twierdzi Odwołujący, identyfikacji czujnika przez pulsoksymetr mamy do czynienia z kompatybilnością obu urządzeń. Trudno byłoby mówić w tych warunkach o prawidłowej współpracy pomiędzy urządzeniami. Niemniej jednak nie można pomijać, że Odwołujący błędnej identyfikacji czujnika przez pulsoksymetr nie wykazał, stąd też należy przyjąć, że urządzenia co prawda współpracują, ale czujnik nie spełnia wymagań Zamawiającego, bowiem komunikat w tym przedmiocie jest jednoznaczny i identyfikuje czujnik o cechach, które wprost postają w sprzeczności z oczekiwaniami Zamawiającego.

Stanowisko Odwołującego, że niewłaściwa identyfikacja czujnika nie ma żadnego znaczenia dla właściwego pomiaru saturacji w istocie w tej sprawie nie ma znaczenia. Zamawiający bowiem nie kwestionował wadliwości czujników pod kątem pomiaru saturacji, ale rodzaj czujników – wielokrotnego użytku, przeznaczonych do osób dorosłych.

Na gruncie niniejszej sprawy Izba nie może przyjąć za słuszny poglądu Odwołującego, że o przeznaczeniu oferowanego czujnika decyduje faktycznie jego forma zewnętrzna. Raz jeszcze należy podkreślić, że podstawą oceny próbek nie były ich oględziny czy też dokumenty je opisujące, ale ich identyfikacja przy użyciu pulsoksymetru. Stąd też, choć *Deklaracja* producenta potwierdza kompatybilność zaoferowanych czujników z technologią Nellcor OxiMax to nie może być wykorzystana dla oceny czujników zamiast lub obok testu, o czym była mowa wyżej. Nadto, należy zwrócić uwagę, że kompatybilność

czujników ze wskazaną technologią w istocie warunkuje prawidłową identyfikację czujników, a z pewnością powinna taką zapewniać, stąd też błędna identyfikacja, na jaką wskazywał Odwołujący, zdaje się być zaprzeczeniem tej kompatybilności.

Przedłożony przez Odwołującego *Raport z testu* w istocie nie dotyczy rozpoznania próbki przez pulsoksymetr, co czyni go bezużytecznym dla niniejszej sprawy. Na marginesie

należy zwrócić uwagę, że wyniki testu nie mogłyby być miarodajne dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy, bowiem test został przeprowadzony przy użyciu innego pulsoksymetru niż ten, którym dysponuje Zamawiający i na którego użycie wskazał. Warto odnotować, że co do rodzaju próbki, raport jedynie ją opisuje, nie została zaś ona poddana identyfikacji w sposób określony przez Zamawiającego.

Odnosząc się do twierdzeń zawartych w piśmie procesowym Przystępującego z dnia 28 stycznia 2016 r. zwrócić należy uwagę, że podstawą decyzji Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego nie była okoliczność, że zaoferowane czujniki nie są czujnikami w technologii OxiMax, wręcz przeciwnie, Zamawiający to potwierdził, wskazał jednak na inne niezgodności z treścią SIWZ. Jako, że wskazywana przez Przystępującego okoliczność nie mieściła się w uzasadnieniu faktycznym decyzji Zamawiającego oraz biorąc pod uwagę fakt, że twierdzenia Przystępującego nie mogą pozostawać w sprzeczności ze stanowiskiem Zamawiającego (art. 185 ust. 3 ustawy Pzp), Izba nie mogła dokonać oceny w tym przedmiocie. Przeciwne stanowisko oznaczałoby, że Izba podstawą badania nie czyni czynności Zamawiającego i osadzonych w tych ramach zarzutów Odwołującego, co wprost pozostawałoby w sprzeczności z art. 180 ust. 1 w zw. z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp i jako takie jest niedopuszczalne.

Z tożsamych przyczyn Izba nie dokonała oceny innych parametrów czujników zaoferowanych przez Odwołującego, a których posiadanie kwestionował Przystępujący w ww. piśmie procesowym (funkcja LoSat, kalibaracja, dokładność pomiarów saturacji).

Przystępujący zdaje się nie dostrzegać, że skład orzekający jest związany wyłącznie przepisami prawa (art. 174 ust. 7 ustawy Pzp). Zatem, ustalenia i rozważania prawne prezentowane w orzeczeniach Izby w odrębnych sprawach nie są dla składu wiążące. Zatem, przeprowadzenie dowodu z wyroku Izby z dnia 18 lipca 2012 r., sygn. akt: KIO 1392/12 jest absolutnie niedopuszczalne. Na marginesie dostrzec należy, że rację ma Odwołujący, iż tezy przywołane z przedmiotowego wyroku przez Przystępującego na poparcie artykułowanych twierdzeń w istocie nie stanowią stanowiska Izby a argumentację przywołaną w tamtej sprawie przez obecnego Przystępującego. Nadto, wypada również zwrócić uwagę, że przywoływane orzeczenie zapadło w innym stanie faktycznym.

Odnosząc się do dalszych twierdzeń Odwołującego, zawartych w ww. piśmie procesowym stwierdzić należy, że nie jest uzasadnione twierdzenie, iż nieprawidłowa identyfikacja czujnika stoi na przeszkodzie dokonaniu prawidłowego pomiaru, bowiem parametry pracy czujnika nie są ustawiane automatycznie. Jeśli nawet tak jest, czego Odwołujący nie udowodnił (oddalono wniosek dowodowy w tym przedmiocie, o czym była mowa wyżej), to jednakowoż trudno oczekiwać, że przeprowadzający badanie samodzielnie określi rodzaj czujnika, skoro wedle wskazań Zamawiającego, identyfikacja czujnika miała

następować przy pomocy pulsoksymetru. Nadto, zdaniem Izby, czym innym jest ustawienie granic monitorowania pacjenta a czym innym identyfikacja czujnika.

Nie przekonuje twierdzenie Odwołującego, że identyfikacja czujnika nie stanowi o jego przeznaczeniu. Skoro tak by było, to wydaje się, że owa identyfikacja w ogóle nie byłaby stosowana, bowiem nie miałaby żadnego znaczenia, a wręcz mogłaby wprowadzać w błąd. Jeśli się wyświetla komunikat, że czujnik jest wielorazowy i przeznaczony dla osób dorosłych, a zgodnie z twierdzeniem Odwołującego, rzeczony komunikat nie ma żadnego znaczenia, jeśli chodzi o przeznaczenie czujników, to taka identyfikacja nie byłaby w ogóle potrzebna, a nawet niepożądana, a to świadczy o tym, że nie byłaby stasowana, a póki co, tak nie jest. Nadto, albo jest tak, że jak twierdzi Odwołujący, że identyfikacja czujnika jest błędna (na co wskazywał w odniesieniu do swojego czujnika) albo nie ma żadnego znaczenia. Stanowisko Odwołującego w tym przedmiocie jest wewnętrznie sprzeczne i z tych też względów niemożliwe do przyjęcia. Rację więc należy przyznać Przystępującemu,

odwołując się do zasad logicznego rozumowania, że to czujnik determinuje pulsoksymetr i na monitorze otrzymujemy informacje, które znajdują się w kości (pamięci) czujnika.

Izba dostrzega, na co wskazywał Odwołujący, że niektóre czujniki, wśród tych ten, który zaoferował, jak wynika z ich opisu, przeznaczone są dla noworodków i dorosłych o wadze powyżej 40 kg. To, zdaniem Odwołującego, przesądza, iż konieczne jest manualna ingerencja, a nie automatyczna identyfikacja czujnika, bowiem „czujnik taki rozpoznawany jest zarówno jako czujnik dla noworodków, jak i dla dorosłych". Twierdzenia te nie przekonują, tym bardziej, że komunikat DS100A, jaki pojawił się przy podłączeniu czujnika zaoferowanego przez Odwołującego do pulskoksymetru identyfikował czujnik jako przeznaczony tylko dla dorosłych a nie dla obu grup pacjentów.

Reasumując stwierdzić należy, że wbrew twierdzeniom Odwołującego, ocena spełniania wymagań Zamawiającego przez oferowane przez wykonawców czujniki nie następowała w oparciu o przedłożone próbki i dokumenty, ale poprzez ich identyfikację po podłączeniu do pulsoksymetru. Z tych też względów, treść oznaczeń umieszczonych na opakowaniach czujników, na taśmach mocujących czujnik do pacjenta, a także ich konstrukcja i wykonanie, zgodnie z wolą Zamawiającego, nie miały przesądzającego znaczenia dla ich oceny. Skoro tak, to w konsekwencji przyczyny te legły u podstaw oddalenia wniosków dowodowych wyżej wskazanych (niezależnie od oceny formalnej), bowiem zmierzały do dokonania ustaleń za pomocą innych środków dowodowych niż te, które dopuścił Zamawiający celem dokonania sprawdzenia (weryfikacji). Oceny tej nie zmienia również fakt, że sporne zostały wprowadzone do obrotu i używania.

Nie znalazły więc potwierdzenia zarzuty, że czynność odrzucenia oferty Odwołującego była wadliwa.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a 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), zaliczając do kosztów postępowania odwoławczego wpis od odwołania w wysokości 7.500,00 zł. Nie uwzględniono wniosku Przystępującego o zasądzenie kosztów zastępstwa procesowego, gdyż brak ku temu podstaw prawnych. W przypadku oddalenia odwołania, Izba zasądza od odwołującego na rzecz przystępującego koszty, o których mowa w § 3 pkt 2 powołanego rozporządzenia jedynie w sytuacji, w której uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił po stronie zamawiającego, wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu (§ 5 ust. 3 pkt 2 powołanego rozporządzenia). W niniejszym stanie faktycznym z taką sytuacją nie mamy do czynienia w związku z powyższym należało uznać, że żądanie Przystępującego nie znajduje oparcia w przepisach prawa.

Przewodniczący: ……