

ODPIS

8Vvici"! MJuieiznycr

Sygnatura ak&yIII Ga 136/09

hS'

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 24 lipca 2009 roku

Sąd Okręgowy w Szczecinie VIII Wydział Gospodarczy

w składzie następującym :

Przewodniczący: SSO Anna Budzyńska (spr.)

Sędziowie: SO Leon Miroszewski

SO Agnieszka Górka

Protokolant: Ewelina Szyklarz

po rozpoznaniu w dniu 24 lipca 2009 roku w Szczecinie

na rozprawie

sprawy ze skargi Aero-MEDIKA spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie
na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych
z dnia 22 maja 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 598/09

przy udziale zamawiającego Samodzielnego Publicznego Szpitala Klinicznego Nr 1
Pomorskiej Akademii Medycznej w Szczecinie oraz interwenienta ubocznego po stronie
zamawiającego MEDTRONIC POL AND spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w
Warszawie.

I. oddała skargę,

II. zasądza od skarżącego Aero-MEDIKA spółki z ograniczoną

odpowiedzialnością w Warszawie na rzecz Samodzielnego Publicznego
Szpitala Klinicznego Nr 1 Pomorskiej Akademii Medycznej w Szczecinie
kwotę 600 zł (sześciuset złotych) tytułem kosztów procesu.

SSO Leon Mirosław

SSO Anna Budzyńska SSO Agnieszka Górka

z ...;.. ś z?

Na oryginale właściwe podpisy

/;■ y" ' -rS-Z, \^-\

Za zgodność
Sekretarz Sądowy

St. Sekretarz Sądowny

Sygn. akt: VIII Ga 136/09

Uzasadnienie

Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny nr 1 Pomorskiej Akademii Medycznej w Szczecinie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę osobistych pomp insulinowych dla dzieci. Postępowanie to zostało rozpoczęte na podstawie ogłoszenia zamieszczonego w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich pod pozycją 2009/S 44-064131. W postępowaniu przetargowym oferty złożyły Aero-MEDIKA spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, MEDTRONIC POLAND spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie oraz ROCHE POLSKA spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie. W Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia określono wymóg, aby bateria zasilająca pompę była ogólnodostępna. Jedynym kryterium oceny ofert była cena. Zamawiający odrzucił ofertę spółki Aero-MEDIKA jako nie spełniającą wymogu SIWZ, aby bateria zasilająca pompy insulinowe była ogólnodostępna, o czym poinformował tego wykonawcę pismem z dnia 20 kwietnia 2009 r. Z pozostałych ofert zamawiający wybrał ofertę spółki MEDTRONIC POLAND - jako najkorzystniejszą.

W dniu 21 kwietnia 2009 r. wykonawca - spółka Aero-MEDIKA złożyła protest na czynność odrzucenia jej oferty. Protestujący zarzucił naruszenie przedmiotową czynnością przepisów art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez nierówne traktowanie wykonawców oraz stosowanie nieuczciwej konkurencji, a także art. 29 ust. 2 tej ustawy poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję domagał się unieważnienia czynności zamawiającego polegającej na odrzuceniu jego oferty oraz powtórzenie czynności oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty z jego udziałem. Protestujący zarzucił, że stanowisko zamawiającego, iż bateria !ó AA, używana do pomp insulinowych objętych jego ofertą, nie jest baterią ogólnodostępną, jest nieuzasadnione. Protestujący podał, iż bateria ta jest powszechnie dostępna, a przy tym dostarczana nieodpłatnie wraz z zestawami infuzyjnymi. Protestujący wskazał, że w jego ocenie kwestia zasilania baterią jest sprawą drugorzędną, a rodzaj baterii nie może determinować przydatności i użyteczności pompy insulinowej, która spełniać może swoje zadania bez względu na to jakimi bateriami jest zasilana.

Do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu przystąpił po stronie zamawiającego wykonawca MEDTRONIC POLAND spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, która wniosła o oddalenie protestu.

Zamawiający rozstrzygnął protest pismem z dnia 27 kwietnia 2009 r., w którym uznał protest za niezasadny i wobec tego oddalił protest na podstawie art. 183 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych wskazując, iż kwestia zasilania pompy jest sprawą pierwszorzędną, gdyż rodzice dzieci z cukrzycą leczonych przy pomocy pomp insulinowych muszą mieć możliwość zakupu baterii bez trudności w punktach sprzedaży, bez względu na miejsce zamieszkania, a bateria, którą dodawana nieodpłatnie nie rozwiązuje tego problemu, gdyż nadal nie jest to bateria ogólnodostępna.

W dniu 13 marca 2009 roku wykonawca - Aero-MEDIKA spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie złożyła za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej od rozstrzygnięcia protestu, w którym zarzuciła rozstrzygnięciu naruszenie przepisów art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez nierówne traktowanie wykonawców oraz stosowanie nieuczciwej konkurencji, a także art. 29 ust. 2 tej ustawy poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję domagał się unieważnienia czynności zamawiającego polegającej na odrzuceniu jego oferty oraz powtórzenie czynności oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty z jego udziałem. Odwołujący się podniósł, iż baterie 14 AA niezbędne do zasilania oferowanej przez niego pompy insulinowej są bateriami ogólnodostępnymi. Ponadto wskazał, iż dodaje nieodpłatnie baterie A AA do każdego zestawu infuzyjnego, który pacjent, aby używać pompy, musi zakupić. Odwołujący się stwierdził, iż bateria w pompie insulinowej jest taka sama jak w kalibratorze, a pompa insulinowa informuje użytkownika dwa dni wcześniej, iż bateria wyczerpuje się. Wskazał również, iż do każdej pompy nieodpłatnie dołącza ładowarkę. Gdyby zaś, mimo wszystko, pacjent zechciał nabyć baterie, może je zamówić u odwołującego, który zapewni dostawę w ciągu 24 godzin. Jak podał odwołujący baterie 'A AA działają dłużej niż standardowe baterie AA lub AAA i są od nich tańsze w eksploatacji. W ocenie odwołującego się kwestia baterii do zamawianych pomp insulinowych jest traktowana zbyt przesadnie i stanowi pretekst do ograniczania konkurencji i niemożności złożenia oferty przez protestującego. Zdaniem odwołującego naruszony został art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez niesłuszne odrzucenie jego oferty, odpowiadającej siwz.

Na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą odwołujący się oświadczył, iż cofa zarzut naruszenia art. 29 ustawy -Prawo zamówień publicznych, podtrzymując pozostały zarzut i wnioski.

Do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania przystąpił po stronie zamawiającego wykonawca MEDTRONIC POL AND spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, który wniósł o oddalenie odwołania.

Wyrokiem z dnia 22 maja 2009 roku Krajowa Izba Odwoławcza przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych oddaliła odwołanie i obciążyła odwołującego kosztami postępowania w wysokości 4574 zł, a ponadto zasądziła od odwołującego się na rzecz zamawiającego kwotę 4611,60 zł tytułem zwrotu uzasadnionych kosztów zastępstwa procesowego i dojazdu.

W uzasadnieniu tego orzeczenia Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, iż literalne brzmienie Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia stanowiących podstawę faktyczną sporu jest jednoznaczne i nie wymaga dodatkowych interpretacji i uściśleń. W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej odniesienie odwołującego się wyłącznie do pojęcia „ogólnodostępny” jest błędne. Zamawiający wymagał bowiem zaoferowania „baterii ogólnodostępnych”. Jak wskazano w uzasadnieniu orzeczenia, baterie ogólnodostępne to baterie powszechnie dostępne, możliwe do zakupu w sposób łatwy, bez utrudnień, gdyż stanowią przedmiot zwykłego, codziennego zastosowania. Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, iż odwołujący się nie wykazał, że baterie A AA, zasilające oferowaną przez niego pompę insulinową są dostępne w zwykłych punktach dystrybucji. Bezsprzecznie natomiast - w ocenie KIO - przedmiotowe baterie możliwe są do nabycia wyłącznie w wybranych punktach sprzedaży, w związku z czym dostęp do nich ograniczony jest zarówno w przestrzeni jak i czasie, a zatem nie są bateriami ogólnodostępnymi. Wywody odwołującego się dotyczące odniesienia pojęcia „ogólnodostępności” do artykułów, w nabyciu których obowiązują określone wymogi prawne, jak też do określonych nieruchomości i placówek Krajowa Izba Odwoławcza uznała za nieadekwatne do przedmiotu sporu.

W pisemnych motywach rozstrzygnięcia wskazano, iż obowiązkiem zamawiającego - zgodnie z przepisami ustawy - Prawo zamówień publicznych - jest dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej, odpowiadającej wszystkim wymaganiom merytorycznym zawartym w SIWZ

- w okolicznościach sprawy spełniającej wszystkie parametry techniczne. Zaniechanie odrzucenia oraz wybór jako najkorzystniejszej oferty nie odpowiadającej tym wymaganiom, naruszałoby zaś art. 89 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych jak i określoną w art. 7 ust. 1 tej ustawy zasadę równego traktowania przedsiębiorców. W takiej sytuacji - zdaniem KIO

- zamawiający na równych zasadach oceniłby w przyjętym przez siebie kryterium ceny oferty odpowiadające wymogom określonym w SIWZ jak i oferty, które tym wymogom w pełni nie odpowiadają. Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że jeżeli odwołujący się jest przekonany, że oferowany przez niego produkt zaspokoiłby potrzeby zamawiającego wyrażone przez wszczęcie i prowadzenie niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, to winien podjąć przewidziane przepisami w prawie zamówień publicznych działania zmierzające do zapewnienia możliwości złożenia oferty uwzględniającej baterie 14 AA w ofercie niepodlegającej odrzuceniu - w postaci złożenia wniosku o wyjaśnienie treści SIWZ lub wniesienia środków ochrony prawnej wobec treści SIWZ. Odwołujący się wskazanych czynności jednak zaniechał. Krajowa Izba Odwoławcza wskazała przy tym, iż zawarte w odwołaniu i podtrzymywane na rozprawie wywody, że walory użytkowe oferowanej przez niego pompy insulinowej czynią w istocie wymóg ogólnodostępności baterii mniej istotnym, a nadto że nie istnieje zagrożenie dla zdrowia lub życia użytkowników pomp nie mogą być wzięte pod uwagę, gdyż nie zostały zawarte w SIWZ i nie mają znaczenia w kontekście podniesionego zarzutu. O kosztach postępowania Krajowa Izba Odwoławcza orzekła na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Prawa zamówień Publicznych w zw. z § 4 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania.

Powyższy wyrok zaskarżył wykonawca Aero-MEDIKA spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie zarzucając mu;

- 1) naruszenie przepisów prawa materialnego przez błędną jego wykładnię i niewłaściwe zastosowanie, w szczególności art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych przez przyjęcie, że treść oferty skarżącego nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w szczególności wymaganiom zawartym w Rozdziale II SIWZ, aby bateria zasilająca osobistą pompę insulinową dla dzieci była ogólnodostępna.
- 2) naruszenie prawa materialnego przez błędną jego wykładnię i niewłaściwe zastosowanie, w szczególności art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych przez przyjęcie, że przy dokonaniu czynności oceny ofert nie doszło do nierównego traktowania wykonawców oraz stosowania nieuczciwej konkurencji przez przeciwnika skargi w stosunku do oceny oferty skarżącego, w szczególności poprzez błędną i prowadzącą do pokrzywdzenia interesów skarżącego interpretację wymogu zawartego w Rozdziale II SIWZ, aby bateria zasilająca pompę insulinową była ogólnodostępna.
- 3) sprzeczność istotnych ustaleń Krajowej Izby Odwoławczej z treścią zebranego materiału dowodowego przez przyjęcie, że bateria typu 14 AA, którą zasilana jest pompa insulinowa oferowana przez skarżącego nie jest baterią ogólnodostępną,
- 4) naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. poprzez przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów wyrażające się w arbitralności oceny oraz sprzeczności z logiką i doświadczeniem życiowym przy dokonywaniu pojęcia „ogólnodostępny” poprzez przyjęcie, że baterie typu 14 AA nie są bateriami ogólnodostępnymi, które to naruszenia prawa procesowego mogły mieć istotny wpływ na wynik sprawy,
- 5) sprzeczność istotnych ustaleń Krajowej Izby Odwoławczej z treścią zebranego materiału dowodowego przez błędne przyjęcie, że nie zostało zaprzeczone przez skarżącego w postępowaniu odwoławczym podnoszone przez przeciwnika skargi twierdzenie, że baterie typu 14 AA nie są dostępne w Szczecinie, nie są znane sprzedawcom, co doprowadziło do wadliwego uznania tych okoliczności za bezsporne między stronami, które to naruszenia mogły mieć istotny wpływ na wynik sprawy.

Stawiając powyższe zarzuty skarżący wniósł o;

- 1) zmianę zaskarżonego wyroku w całości i orzeczenie co do istoty sprawy poprzez unieważnienie dokonanej czynności odrzucenia oferty skarżącego i w konsekwencji unieważnienie czynności wyboru wykonawcy oraz nakazanie przeciwnikowi skargi dokonania czynności ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty skarżącego jako najkorzystniejszej,

- 2) zasądzenie od przeciwnika skargi na rzecz skarżącego kosztów postępowania odwoławczego i skargowego według norm przepisanych.

ewentualnie, w przypadku nieuwzględnienia podniesionych w skardze zarzutów;

- 3) zbadanie z urzędu przesłanek nieważności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z uwagi na ewentualne naruszenie przez przeciwnika skargi art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, które to naruszenia stanowią spełnienie przesłanki art. 93 ust. 1 pkt 7 wskazanej ustawy oraz bezwzględną nieważność runowy, która ma być zawarta w przedmiotowym postępowaniu.

Skarżący podkreślił, iż sformułowany przez niego zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych został zgłoszony w proteście, który był protestem wobec wadliwej czynności oceny ofert i czynności odrzucenia oferty skarżącego, dokonanej na tej podstawie prawnej, a następnie podtrzymany został w odwołaniu. Skarżący stwierdził, iż mimo braku wyartykułowania *expressis verbis* zarzutu w treści wskazanych środków odwoławczych, skuteczność jego podniesienia nie budziła wątpliwości KIO oraz przeciwnika skargi (zamawiającego), wobec czego - zdaniem skarżącego - dopuszczalność orzekania co do tego zarzutu jest bezsporna i oczywista.

Zdaniem skarżącego, stwierdzenie Krajowej Izby Odwoławczej, że literalne brzmienie postanowień SIWZ, które stanowią przedmiot sporu jest jednoznaczne i nie wymaga dodatkowych interpretacji i uściśleń jest sprzeczne z dalszą częścią uzasadnienia wyroku, w której dokonana została daleko idąca interpretacja kluczowego pojęcia „ogólnodostępności”. W jego ocenie KIO przyjęła błędne logiczne założenie, że pojęcie to nabiera innego, specyficznego znaczenia w języku polskim w zestawieniu ze słowem „bateria”. Ponadto, wskutek poczynionych zabiegów interpretacyjnych dokonała sprzecznego z zasadami logiki i poprawnego wnioskowania zawężenia pojęcia „baterii ogólnodostępnych” dochodząc do błędnego wniosku, iż bezsporny między stronami jest fakt, że baterie 56 AA niezbędne do prawidłowego funkcjonowania pomp insulinowych oferowanych przez skarżącego możliwe są do nabycia wyłącznie w wybranych punktach sprzedaży, dostęp do nich jest zatem ograniczony zarówno w przestrzeni i w czasie. Nieprawidłowo też zdaniem skarżącego KIO relatywizowała pojęcie „ogólnodostępności” w odniesieniu do celu postępowania jakim jest zapewnienie chorym dzieciom sprzętu podtrzymującego życie i poprawiającego komfort. Skarżący podał jednocześnie, iż jego oferta jest obiektywnie lepszą z punktu widzenia bezpieczeństwa dzieci i ponadto tańsza, gdyż jego sprzęt jest obiektywnie najnowocześniejszy i najsprawniejszy technologicznie i jakościowo, a przeciwnik skargi bezprawnie ją odrzucił. Podkreślił, iż znacznie nowocześniejsza technologicznie sprawność i niezawodność jak i lepsza żywotność baterii typu 56 AA jest faktem powszechnie znanym, bezspornym, niezaprzeczonym zarówno przez przeciwnika skargi jak i przystępującego po jego stronie. Skarżący podniósł, iż baterie alkaliczne również nie są powszechnie dostępne w każdym miejscu i czasie, szczególnie na wsi, na powołanych w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku obozach harcerskich lub w wielu miejscach pobytów dzieci za granicą. Stwierdził, iż w porównaniu do baterii alkalicznych, baterie 56 AA są również tańsze w eksploatacji, a ponadto najlepsze technologicznie, najbezpieczniejsze, a ich zastosowanie umożliwiło zmniejszenie rozmiarów pompy. Korzyści takich zdaniem skarżącego nie zawiera - jego zdaniem - oferta konkurenta oparta o sprzęt starszej generacji. Skarżący stwierdził, iż całkowicie zgadza się z KIO i przeciwnikiem skargi, że zasilanie pompy jest kwestią pierwszorzędą, a stwierdzenie w proteście, że jest to kwestia drugorzędna było przez niego użyte w innym kontekście tj. w celu wykazania, że pompa insulinowa oferowana przez skarżącego w kluczowych elementach jest obiektywnie lepsza i bardziej bezpieczna dla dzieci, w tym kwestii jej zasilania. Powołanie się w uzasadnieniu wyroku Krajowej Izby Odwoławczej na cel postępowania przy interpretacji określenia „ogólnodostępne” to - jak stwierdził skarżący - jedynie efektywny lecz całkowicie chybiony zabieg stosowany przez przeciwnika skargi i KIO, nie mający nic wspólnego z prawidłową oceną treści oferty skarżącego w kontekście wymogu SIWZ oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 prawa zamówień publicznych i art. 233 § 1 k.p.c.

Skarżący stwierdził, iż nawet jednak, gdyby zgodzić się na dopuszczalność zrelatywizowania pojęcia „ogólnodostępności”, tak jak uczyniła to KIO, chociaż - jak wskazał - odrzuca taką możliwość, to i przy takim założeniu ustalenie Krajowej Izby Odwoławczej, że bateria 14 AA nie jest baterią ogólnodostępną jest arbitralne i narusza zasady logicznego rozumowania. W jego

ocenie, jeżeli na podstawie ustalenia, że baterie 14 AA dostępne są wyłącznie w wybranych punktach sprzedaży, dostęp do nich jest ograniczony zarówno w przestrzeni i czasie miałyby wynikać, iż nie są to baterie „ogólnodostępne”, to na tej samej podstawie nie są „ogólnodostępne” również baterie alkaliczne typu AA lub AAA, objęte ofertą konkurencyjną, które również dostępne są jedynie w wybranych punktach sprzedaży - choć w szerszym zakresie

- a dostęp do nich nie jest możliwy w każdym czasie i miejscu, w tym na powołanym w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku obozie harcerskim w Bieszczadach. Zaakceptowanie takiego rozumienia pojęcia „ogólnodostępności” prowadzi ad absurdum i musi spowodować konieczność odrzucenia wszystkich ofert złożonych w postępowaniu i w konsekwencji - do jego unieważnienia. Ograniczona faktycznie dostępność baterii 14 AA jest według skarżącego - oczywistą i bezsporną cechą obu typów baterii, zarówno alkalicznych AA i AAA, jak i litowych 14 AA. Skarżący podkreślił, iż przeciwnik skargi nie nałożył w SIWZ jakiegokolwiek dodatkowego wymogu dotyczącego stopnia dostępności baterii, a jedynie ograniczył się do znacznie niższego, minimalnego poziomu tej dostępności jaką jest wymóg dostępności dla każdego, kto podejdzie ku temu w odpowiednim toku czynności i czasie odpowiednie środki. Skarżący stwierdził, iż zamawiający miał możliwość dowolnego określenia w SIWZ minimalnego progu „dostępności” baterii np. poprzez ustanowienie wymogu, aby baterie były dostępne w sieciach hipermarketów, na stacjach benzynowych i w każdym kiosku ruchu, jednak wówczas - jak zaznaczył skarżący - naraziłby się zapewne na zarzut jawnego ograniczania konkurencji, a także zawęziłby możliwość zaoferowania sprzętu jedynie do sprzętu wyposażonego w zwykłe baterie AA lub AAA starego typu, o słabej żywotności. Przyjęta przez KIO interpretacja w ocenie skarżącego nie ma nic wspólnego z treścią SIWZ i narusza granice swobodnej oceny dowodów. Skarżący wywodził, iż bateria 14 AA są powszechnie dla każdego dostępne w setkach sklepów w Polsce, również innych niż internetowe; w dystrybucji w handlu zewnętrznym, w aptekach i w sieci bieżącej wewnętrznej dystrybucji. Powołując się na treść definicji „ogólnodostępne” przyjętej w słownikach języka polskiego skarżący podał, iż pojęcie to oznacza „dostępność dla wszystkich”, a przez to z kolei należy rozumieć - jego zdaniem - nie więcej niż możliwość zakupu baterii przez użytkowników bez restrykcji prawnych lub faktycznych, uniemożliwiających, mimo zachowania należytej staranności, które - jak zaznaczył

- można i należy oczekiwać od rodzica dziecka chorego na cukrzycę, zaopatrującego się w towary o ściśle ograniczonej dostępności w miejscu i czasie jak leki, zestawy infuzyjne, a także baterie. Wszelkie dalej idące zabiegi interpretacyjne, których dokonała w wyroku KIO stanowią zaś w jego ocenie całkowicie dowolne i pozbawione podstaw faktycznych i prawnych tworzenie dodatkowych kryteriów, niezawartych w treści siwz.

W ocenie skarżącego Krajowa Izba Odwoławcza błędnie przyjęła również, iż nie zaprzeczył on podnoszonym przez przeciwnika skargi twierdzeniom o tym, że baterie typu 14 AA są niedostępne w Szczecinie, nie są znane statystycznym sprzedawcom i fakt ich istnienia jest kwestionowany, co doprowadziło do wadliwego uznania tych okoliczności za bezsporne, a naruszenie to mogło mieć istotny wpływ między stronami.

Uzasadniając zarzut naruszenia art.7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych skarżący odwołał się do swojego wyводу odnośnie nadużycia semantycznego przeciwnika skargi oraz KIO w interpretacji pojęcia „ogólnodostępności”. W jego ocenie błędna wykładnia przeciwnika skargi doprowadziła do odrzucenia prawidłowej, tańszej oferty skarżącego po to, aby wybrać droższą pompę konkurenta, o niniejszych możliwościach z punktu widzenia funkcjonalności pompy, co kwalifikuje taką czynność jako naruszenie przywołanego przepisu.

Skarżący zgłosił nadto wniosek, by Sąd rozważył czy z powodu ewentualnej niejednoznaczności sposobu w jaki opisano wymóg „ogólnodostępności” nie zachodzi z urzędu nieważność postępowania o udzielenie zamówienia przez naruszenie art. 29 ust 2 w zw. z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W odpowiedzi na skargę zamawiający wniósł o jej odrzucenie, względnie oddalenie i zasądzenie na jego rzecz od skarżącego kosztów postępowania według norm przepisanych z uwzględnieniem kosztów postępowania poniesionych przez przeciwnika skargi w związku z rozpoznaniem odwołania. W ocenie przeciwnika skargi zaskarżony wyrok jest prawidłowy, a skarżący nie ma racji. Jego zdaniem wywody skarżącego na temat wyższości technologicznej oferowanej pompy nad pompami konkurencji stanowią niedopuszczalną próbę skierowania

postępowania na poziom badania zasadności rodzaju pompy ustalonej przez przeciwnika skargi w wymaganiach SIWZ. Rozważania te są w ocenie zamawiającego możliwe tylko na etapie zadawania pytań i składania protestów dotyczących treści SIWZ, wobec czego skarga w tej części winna być odrzucona. Powielając argumentację przedstawioną na posiedzeniu KIO skarżący - zdaniem przeciwnika skargi - przedstawia również nowe dowody na jej potwierdzenie, które na podstawie art. 381 k.p.c. winny być pominięte. Przeciwnik skargi zaprzeczył przy tym tezę dowodową skarżącego. Stwierdził, iż poglądy skarżącego co do rozumienia pojęcia „ogólnodostępności” są całkowicie chybione. Zaznaczył, iż SIWZ posługuje się zwrotem „ogólno-dostępne”, a nie „ogólnodostępne”, a ta różnica już sama w sobie nakazuje odczytywać wskazany zwrot w kategoriach powszechnej dostępności. Zamawiający stwierdził, iż SIWZ jest w istocie jego oświadczeniem woli, wobec czego niezasadny jest pogląd, że postanowień w dokumencie tym zawartych nie można odczytywać bez procesu interpretacji, w tym zwłaszcza uwzględniania celu i przedmiotu postępowania, jakim jest nabycie pomp insulinowych dla dzieci. Zamawiający podkreślił, iż skarżący od początku postępowania o udzielenie zamówienia prawidłowo odczytywał zapisy SIWZ, o czym świadczy zarówno treść protestu jak i odwołania, w których zwalcza określony tam wymóg, a dopiero na rozprawie przed KIO podniósł kwestię rozumienia zapisu dotyczącego ogólnodostępności baterii. Postępowanie skarżącego jest - w ocenie zamawiającego - przyjęte wyłącznie na użytek procesu.

Pismem z dnia 6 lipca 2009 r. wykonawca MEDTRONIC POLAND spółka z ograniczoną odpowiedzialnością zgłosiła wstąpienie do sprawy po stronie przeciwnika skargi (zamawiającego) jako interwenient uboczny i wniosła o odrzucenie skargi jako niedopuszczalnej w części, w jakiej oparta została na zarzutach, które nie były podniesione w proteście spółki „Aero-MEDIKA” z dnia 21 kwietnia 2009 r. i oddalenie skargi w pozostałej części jako bezzasadnej, ewentualnie oddalenie skargi jako bezzasadnej w całości.

Interwenient wskazał, iż w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia skargi do sądu na orzeczenie KIO, zgodnie z treścią art. 198 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, Sąd nie może orzekać co do zarzutów, które nie były przedmiotem protestu. W proteście natomiast - jak stwierdził interwenient - zostały podniesione przez spółkę Aero-MEDIKA względem czynności zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty skarżącego jako nie spełniającej wymagań Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia dwa zarzuty; tj. nierównego traktowania wykonawców w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stosowania nieuczciwej konkurencji i w konsekwencji naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję i w konsekwencji naruszenia art. 29 ust. 2 cytowanej ustawy. Co więcej, w toku postępowania toczącego się przed KIO spółka Aero-MEDIKA, mając świadomość, iż podnoszenie zarzutu wadliwego opisu przedmiotu zamówienia jest niedopuszczalne po upływie zawitych terminów określonych w art. 180 ust. 3 prawa zamówień publicznych, złożyła oświadczenie o cofnięciu zarzutu naruszenia art. 29 ust. 2 tej ustawy. Interwenient podniósł, iż nie zgadza się z twierdzeniami zawartymi w skardze, iż w proteście zgłoszono również inne zarzuty, niż wskazane powyżej, w tym zarzut błędnego przyjęcia, iż treść oferty skarżącego nie odpowiada treści SIWZ, w szczególności wymaganiom zawartym w Rozdziale II SIWZ, aby bateria zasilająca osobistą pompę insulinową dla dzieci była ogólnodostępna i w konsekwencji naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych. Jego zdaniem, w treści protestu brak stwierdzeń pozwalających uzasadnić powyższą tezę, a przy tym również sam skarżący nie wskazał, które z elementów protestu stanowią o podniesieniu także innych zarzutów niż wyżej. Interwenient dodał, iż nie może zgodzić się również ze stwierdzeniem skarżącego, iż późniejsze czynności podjęte w toku postępowania odwoławczego przed KIO czy też skargowego przez Sądem mogłyby skutecznie rozszerzyć katalog zarzutów zgłoszonych w proteście. W ocenie interwenienta, jedynym zarzutem skutecznie wniesionym w proteście, a w konsekwencji także jedynym zarzutem będącym przedmiotem rozpoznania Sądu jest wobec tego zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, a wszelkie twierdzenia i argumenty zawarte w skardze, które do tego zarzutu się nie odnoszą - powinny być przez Sąd pominięte jako wykraczające poza zakres sprawy. Interwenient stwierdził, iż w wobec tego skarga w zakresie pierwszego zarzutu zawartego w jej petitum oraz wszelkich twierdzeń niezwiązanych z zarzutem naruszenia art. 7 ust. 1, w szczególności w zakresie twierdzeń dotyczących sposobu opisu przedmiotu zamówienia w SIWZ, ogólnej technologicznej wyższości pomp insulinowych oferowanych przez skarżącego nad pompami oferowanymi przez interwenienta, celowości ustanowienia przez zamawiającego wymogu technicznego, aby bateria

zasilająca pompy insulinowe była ogólnodostępna oraz konieczności odwoływania się przy ocenie czy bateria typu 14 AA jest ogólnodostępna do dostępności innych elementów pompy insulinowej, w tym dostępności zestawów infuzyjnych jest na etapie postępowania przed Sądem niedopuszczalna i w tym zakresie powinna zostać odrzucona.

Interwenient wskazał, iż zgodnie z treścią art. 194 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych w postępowaniu toczącym się wskutek wniesienia skargi stosuje się odpowiednio przepisy o apelacji, co oznacza, że - zgodnie z treścią art. 381 k.p.c. - Sąd drugiej instancji może pominąć nowe fakty i dowody, jeżeli strona mogła je powołać w postępowaniu przed sądem pierwszej instancji, chyba że potrzeba powołania się na nie wynika później. Odpowiednie stosowanie przepisów o apelacji do postępowania toczącego się w wyniku złożenia skargi nakazuje również zastosować dyspozycję art. 381 k.p.c. do wszelkich nowych faktów i dowodów podniesionych przez spółkę Aero-MEDIKA w skardze. Interwenient podkreślił, iż w żadnym wypadku powoływanie nowych faktów lub dowodów przez skarżącego nie zostały przywołane okoliczności, które choć uprawdopodobniłyby, iż skarżący nie mógł powołać przedmiotowych faktów lub dowodów w toku postępowania przed KIO lub, iż potrzeba ich powołania wynika później. W ocenie interwenienta nie istniały żadne przeszkody dla przedstawienia odpowiednich dowodów wraz ze złożeniem protestu lub w ostateczności wraz ze złożeniem odwołania. Tymczasem w proteście skarżący ograniczył się wyłącznie do twierdzenia, iż bateria typu 14 AA jest baterią powszechnie dostępną nie załączając do protestu żadnych dowodów celem poparcia przedmiotowej tezy, w odwołaniu natomiast, jako dowód ogólnej dostępności baterii typu 14 AA powołał jedynie oświadczenie dwóch dystrybutorów baterii tego typu, to jest BTO Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi oraz Ropla Elektronik Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu. Wobec powyższego należy - zdaniem interwenienta - uznać, iż wszelkie nowe fakty i dowody zgłoszone w skardze mogły i powinny były być powołane przez skarżącego w toku postępowania przed KIO i podlegają pominięciu przez Sąd w toku rozpoznawania skargi.

W zakresie zarzutów oznaczonych w skardze numer 2, 3, 4 oraz 5 oraz dowodów przedstawionych na ich poparcie interwenient podniósł, dokonując oceny zamawiający bada, czy oferty spełniają wymagania w chwili dokonywania oceny. Z powyższego z kolei wynika, iż bez znaczenia dla prawidłowości oceny zgodności oferty skarżącego z treścią SIWZ jest fakt, iż w czasie późniejszym, to jest po otwarciu i ocenie ofert złożonych w toku przetargu, skarżący podjął pewne działania w celu poszerzenia dostępu na rynku do baterii typu 14 AA, np. jak twierdzi umożliwia zamówienie baterii u siebie. Powyższe działania nie mają - zdaniem interwenienta - znaczenia z punktu widzenia oceny zasadności zarzutu skarżącego. Interwenient podkreślił, iż z żadnego z przywołanych przez skarżącego dowodów nie wynika, iż w chwili dokonywania przez zamawiającego oceny zgodności treści oferty spółki Aero MEDIKA z treścią SIWZ, w szczególności oceny spełniania wymogu przez baterie typu 14 AA wymogu ogólnej dostępności, baterie te spełniały powyższy wymóg. Interwenient - jak podał - wykazywał natomiast w toku postępowania toczącego się przed KIO, iż spośród wskazanych w odwołaniu dystrybutorów baterii typu 14 AA w Polsce, sklep spółki Ropla Elektronik z siedzibą we Wrocławiu prowadzi wyłącznie sprzedaż hurtową i zakup baterii w tym sklepie jest możliwy wyłącznie ponad kwotę 100 złotych, natomiast spółka BTO prowadzi specjalistyczny sklep internetowy, co także nie oznacza, iż baterie 14 AA są ogólnodostępne. Interwenient podzielił przy tym stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej, iż w toku postępowania odwoławczego skarżący nie zaprzeczył twierdzeniu Zamawiającego i Interwenienta, iż baterie 14 AA nie są dostępne na terenie Szczecina, gdyż w istocie w toku postępowania odwoławczego takie stwierdzenie ze strony Skarżącego nie padło. Skarżący zapoznał się i w żadnym wypadku nie kwestionował w toku postępowania przed KIO także wiarygodności dowodów przedstawionych przez Zamawiającego i Medtronic, w tym w szczególności wykazów najpopularniejszych i największych sklepów elektrotechnicznych, w których baterie typu 14 AA nie były i nie są dostępne. Tym bardziej nieuprawnione jest - zdaniem skarżącego - kwestionowanie tych dowodów na etapie postępowania skargowego przed Sądem. W ocenie interwenienta, KIO w swoim orzeczeniu w sposób prawidłowy dokonała oceny przedstawionego materiału dowodowego i zasadnie uznała, iż dokonując oceny zgodności oferty spółki Aero-MEDIKA z treścią SIWZ zamawiający prawidłowo przyjął, iż baterie typu 14 AA nie są ogólnodostępne oraz, że oferta tej spółki złożona w przetargu nie spełnia wymogów SIWZ i podlega odrzuceniu.

Zdaniem interwenienta, również sam sposób rozumienia pojęcia ogólnej dostępności przez skarżącego jest błędny i nieuzasadniony. W jego ocenie, stanowisko skarżącego, iż w istocie wszystkie baterie - zarówno typu AA oraz AAA, jak i typu 1/2 AA - nie są dostępne

zawsze i wszędzie, a więc wymogu SIWZ w tym zakresie nie spełnia żadna oferta, jest w swej istocie błędne, co wynika z faktu, iż Krajowa Izba Odwoławcza nie stanęła na stanowisku, że kryterium ogólnej dostępności oznacza dostępność zawsze i wszędzie, a jedynie, iż „baterie ogólnodostępne to baterie powszechnie dostępne, możliwe do zakupu w sposób łatwy, bez utrudnień gdyż stanowią przedmiot zwykłego codziennego zastosowania”. Tak rozumianego kryterium ogólnej dostępności ani w chwili dokonywania przez zamawiającego oceny zgodności treści oferty spółki Aero-MEDIKA, ani w chwili obecnej, baterie typu 14 AA - zdaniem interwenienta - nie spełniały i nie spełniają. Skarżący zaś - jak stwierdził interwenient - w żaden sposób nie wykazał, że zamawiający oceniając oferty złożone w przetargu pod kątem spełniania wymogów technicznych określonych w SIWZ dopuścił się nierównego traktowania wykonawców oraz stosowania nieuczciwej konkurencji w toku Przetargu i w konsekwencji naruszenia art. 7 ust. 1 prawa zamówień publicznych. W jego ocenie Krajowa Izba Odwoławcza w pełni zasadnie podkreśliła, iż zaniechanie odrzucenia na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 prawa zamówień publicznych oraz wybór jako najkorzystniejszej, oferty nie odpowiadającej wymaganiom SIWZ, naruszałoby również zawartą w przywołanym przepisie zasadę równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji, a w efekcie prowadziłoby „do niemożności zawarcia ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego”.

Odnosząc się do wniosku ewentualnego zawartego w skardze, zgodnie z którym Skarżący wnioskuje o „zbadać z urzędu przesłanki nieważności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego” interwenient wskazał, iż zgodnie z art. 198 ust. 4 prawa zamówień publicznych Sąd nie może orzekać co do zarzutów, które nie były przedmiotem protestu, a powyższa regulacja stanowi *lex specialis* wobec przepisów kodeksu postępowania cywilnego, w tym także wobec art. 378 § 1 k.p.c., zgodnie z którym w sąd rozpoznając apelację w granicach zaskarżenia bierze jednak z urzędu pod uwagę nieważność postępowania. W ocenie interwenienta, skoro przepis zawarty w ustawie Prawo zamówień publicznych wyraźnie ogranicza zakres kognicji sądu w sprawach ze skargi wobec orzeczenia KIO, to Sąd rozpoznając skargę nie może orzekać o zarzutach, które nie były przedmiotem protestu. Wobec faktu, iż zarzut nieważności postępowania nie został zawarty w proteście, zarzut taki sformułowany w skardze jest - jego zdaniem - niedopuszczalny i również nie mógłby zostać uwzględniony przez Sąd.

Interwenient stwierdził nadto, iż Sąd rozpoznając sprawę w wyniku wniesienia Skargi orzeka jako sąd drugiej instancji wobec postępowania i orzeczenia KIO. Tym samym, jego zdaniem, nawet gdyby przyjąć, że Sąd ma prawo orzekać w niniejszej sprawie co do nieważności postępowania, to uprawnienie to ograniczałoby się, co najwyżej, wyłącznie do nieważności postępowania prowadzonego przed KIO, a nie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przed Zamawiającym. Odnierne założenie stanowiłoby, wedle jego opinii, naruszenie przepisów dotyczących środków ochrony prawnej zawartych w ustawie Prawo zamówień publicznych, w tym w szczególności regulacji dotyczących terminów skarżenia czynności i decyzji Zamawiającego. Wobec powyższego, również wniosek ewentualny Skarżącego nie może zostać uwzględniony przez Sąd w toku rozpoznawania skargi.

W odpowiedzi na zgłoszoną interwencję skarżący podniósł, iż wszelkie zarzuty, żądania i wnioski interwenienta są bezzasadne i wniósł o ich oddalenie.

W ocenie skarżącego wniosek interwenienta o odrzucenie skargi jako niedopuszczalnej w części, w jakiej oparta została rzekomo na zarzutach nie podniesionych w proteście jest całkowicie bezzasadny. Jego zdaniem interwenient bezpodstawnie twierdzi, że zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy — Prawo zamówień publicznych nie był przedmiotem protestu. Jak stwierdził skarżący, aby pozbyć się jakichkolwiek ewentualnych wątpliwości w tym zakresie wystarczy zapoznać się dokładnie z całością protestu, a także treścią wyroku. Dodał, iż prawo zamówień publicznych nie wymaga, aby zarzut w proteście, który nie był przy tym sporządzany przez profesjonalnego pełnomocnika, był sformułowany dla swej skuteczności jako osobna jednostka redakcyjna treści *petitum* protestu. Stwierdził, iż jakichkolwiek wątpliwości w tym zakresie nie miał ani Krajowa Izba Odwoławcza, ani przeciwnik skargi, o czym świadczy uzasadnienie rozstrzygnięcia protestu oraz odpowiedź na skargę przeciwnika skargi, w której także nie zakwestionował on skuteczności podniesienia przedmiotowego zarzutu. Zdaniem skarżącego interwenient w istocie kontestuje treść wyroku, w którym KIO oddaliła, a nie odrzuciła przedmiotowy zarzut skarżącego, a w takim razie, zdaniem skarżącego, interwenient powinien był w terminie wnieść skargę w trybie art. 194 prawa zamówień publicznych.

Skarżący stwierdził, iż stawianie przypisywanej mu bezpodstawnie tezy byłoby nie tylko bezzasadne, ale i absurdalne skoro konsekwentnie wywodził i podkreślał, iż oczywiście z treści samego protestu wynika zarzut naruszania art. 89 ust. 1 pkt 2 prawa zamówień publicznych. Skarżący podniósł, iż wbrew twierdzeniom interwenienta nie kwestionował celowości ustanowienia przez zamawiającego wymogu technicznego, aby bateria zasilająca pompy insulinowe była ogólnodostępna, w także nie postulował konieczności odwoływania się przy ocenie, czy bateria typu I/2 AA jest ogólnodostępna do dostępności innych elementów pompy insulinowej, a jedynie wskazywał na fakt, że ocena ogólnodostępności powinna być dokonywana w sposób wszechstronny i z uwzględnieniem przedmiotu postępowania, a fakt ograniczonej dostępności zestawów infuzyjnych do pompy infuzyjnej stanowiącej przedmiot przetargu może mieć pewne znaczenie dla całościowej wykładni. W ocenie skarżącego interwenient wyraźnie przyznał nadto w treści interwencji, że zestawy infuzyjne stanowiące element pompy konieczny do jej funkcjonowania mają ograniczoną dostępność, rodzice chorego dziecka mają w związku z ograniczoną faktycznie dostępnością ogólnodostępnych zestawów infuzyjnych szczególne obowiązki w zakresie dbałości o odpowiednie zapewnienie ciągłego zapasu zestawów infuzyjnych, które nie są dostępne w danym miejscu, w którym będzie przebywać dziecko, baterie 1/2 AA można nabyć w specjalistycznych sklepach oraz w sklepach internetowych. Wywodził, iż w związku z tym nieuprawniony logicznie jest wniosek interwenienta, iż zamawiający miał prawo zdejść z rodziców i dzieci obowiązek stałego czuwania nad stanem baterii i możliwością zakupu jej w danym miejscu. Zdaniem interwenienta domniemane, arbitralne „zdejmnowanie” wskazanego obowiązku z rodziców byłoby w istocie klasycznym przykładem - w świetle orzecznictwa europejskiego i polskiego - naruszenia zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, gdyby przyjąć, że wymóg ogólnodostępności baterii ustanowiony w SIWZ oznacza, że bateria 54 AA nie jest baterią ogólnodostępną w związku z niewielkimi faktycznymi ograniczeniami w jej dostępności w stosunku do idealnej lecz nieosiągalnej dla żadnego produktu dostępności „zawsze i wszędzie”. Skarżący podkreślił, iż stosowanie każdego typu baterii wymaga stałego czuwania nad ich stanem i w stosunku do każdego typu baterii, w dowolnym miejscu, w którym aktualnie przebywać będzie dziecko nie można natychmiast i zawsze kupić baterii. Jak wskazał skarżący, stałe czuwanie nad stanem baterii jest szczególnie uciążliwe w przypadku zawodnych baterii typu AA lub AAA o bardzo krótkiej żywotności, w odróżnieniu od nowoczesnych baterii litowych o nieporównywalnie większej dostępności i trwałości energetycznej baterii typu 56 AA.

Całkowicie chybiony jest - zdaniem skarżącego - zarzut interwenienta oparcia skargi na dowodach podlegających pominięciu na tej podstawie, że mogły i powinny być być powołane w toku postępowania odwoławczego oraz związany z nim wniosek o pominięcie wskazanych w pkt 2 interwencji faktów i dowodów. Jak stwierdził, dopuszczalność zastosowania dyspozycji art. 381 k.p.c. należy oceniać w związku z art. 196 ust. 1 prawa zamówień publicznych. Jego zdaniem art. 196 ust. 1 prawa zamówień publicznych ustanawia jedynie wymóg wskazania dowodów bez jakichkolwiek ograniczeń i dodatkowych przesłanek w zakresie wskazywania nowych faktów i dowodów, co ma niewątpliwie służyć odformalizowaniu postępowania w celu pełnego zastosowania zasady prawdy materialnej ze względu na majątkowy interes publiczny Skarbu Państwa wynikający z istoty zamówienia publicznego. Jak wywodził dalej, zarówno wykładnia językowa jak i wykładnia systemowa i wykładnia funkcjonalna prowadzą do jednolitego wniosku, że odpowiednie stosowanie przepisów o apelacji do postępowania skargowego oznacza, że sąd nie może w oparciu o art. 381 k.p.c. pominąć nowych faktów i dowodów, jeżeli strona mogła je powołać w postępowaniu przed Krajową Izbą Odwoławczą nawet jeśli potrzeba powołania się na nie, nie wynika później lub nawet jeśli w skardze nie wskazano, że potrzeba powołania się na nie, wynika później.

Zdaniem skarżącego nawet jednak, gdyby przyjąć, iż dyspozycja art. 381 k.p.c. znajduje zastosowanie w postępowaniu skargowym, to i tak w niniejszej sprawie nie ma możliwości pominięcia jakichkolwiek faktów i dowodów wskazanych w skardze bowiem treść uzasadnienia wyroku wskazuje, że zaistniała potrzeba powołania nowych faktów i dowodów wynikła z zapoznania się z uzasadnieniem wyroku. Powołując się na wyrok Sądu Najwyższego z dnia 23 listopada 2004 r. wydany w sprawie o sygn. akt I UK 30/04, w którym wskazano, iż Sąd drugiej instancji nie powinien pominąć nowych faktów i dowodów zgłoszonych w apelacji jeżeli o potrzebie ich powołania strona dowiedziała się z uzasadnienia zaskarżonego wyroku skarżący stwierdził, iż powołanie dodatkowych dowodów i okoliczności faktycznych nie wymagało szczególnego uzasadnienia, bowiem z treści samego uzasadnienia wyroku wyniknęła konieczność powołania dodatkowych dowodów potwierdzających w sposób jeszcze bardziej

dobitny okoliczność już udowodnioną, która nie powinna zostać zakwestionowana przez KIO, iż baterie typu 10 AA do pomp insulinowych są bateriami ogólnodostępnymi.

Według skarżącego okoliczności i dowodów, których pominięcia domaga się interwenient w ogóle nie musiał wykazywać, aby żądanie skargi Sąd mógł uznać za uwzględnione. Skarżący podał, iż przedstawił dodatkowe dowody dla podkreślania wadliwości i całkowitej arbitralności oceny dokonanej przez przeciwnika skargi oraz KIO, ale - jego zdaniem - nie są one wcale absolutnie konieczne, do tego aby dojść do wniosku, że baterie typu 14 AA oczywiście spełniają wymóg ich ogólnodostępności, choć dowody te są istotne, w sensie ich pomocniczego charakteru. Gdyby jednak dowody wskazane przez skarżącego nie zostały uznane przez Sąd za istotne dla rozstrzygnięcia, to i tak - w jego ocenie - powinno pozostać to bez wpływu na sposób oceny oferty skarżącego w oparciu o kryterium ogólnodostępności baterii sformułowane w SIWZ. Skarżący podniósł, iż przeciwnik skargi dokonując czynności oceny ofert powinien brać pod uwagę dokumenty, które były przez niego wyraźnie wymagane w SIWZ, te zaś nie wskazywały warunku wykazania w jakikolwiek sposób poziomu dostępności baterii danego typu na obszarze danego miasta (np. Szczecin) lub terytorium (województwo, kraj). Przeciwnik skargi we własnym zakresie z urzędu powinien dokonać oceny oferty skarżącego, w tym w zakresie sprawdzenia spełnienia kryterium ogólnodostępności baterii typu 14 AA, a w przypadku wątpliwości powinien wezwać skarżącego do wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 prawa zamówień publicznych. Brak wezwania do wyjaśnień co do treści oferty należy - wedle skarżącego - interpretować w tych okolicznościach, jako brak wątpliwości co do dostępności baterii typu 14 AA na rynku. Skarżący podał, iż przeciwnik skargi nie powinien być bez zachowania trybu wezwania do wyjaśnień, bez dowodów przeciwnych przyjąć, że baterie 14 AA nie spełniają kryterium ogólnodostępności. W skardze zaś wykazano, że KIO dokonała błędnego rozstrzygnięcia, gdyż w sposób jednoznaczny już w postępowaniu protestacyjnym i odwoławczym wykazano, że baterie 14 AA spełniają kryterium ogólnodostępności.

Skarżący podniósł, iż „niefortunne”, „niespójne”, czy też „nieprawidłowe” sformułowanie zamawiającego użyte w SIWZ nie może wywierać negatywnych skutków prawnych wobec wykonawców, takim zaś jest użycie bez sprecyzowania dodatkowych zastrzeżeń sformułowania „ogólnodostępność” baterii, na co wskazuje treść pism interwenienta oraz Przeciwnika Skargi całkowicie rozbieżna ze stanowiskiem Skarżącego.

Odnosząc się do zarzutu interwenienta błędnego rozumienia przez skarżącego pojęcia ogólnej dostępności skarżący stwierdził, iż interwenient w istocie powiela dotychczasową argumentację i przedstawia swoją subiektywną ocenę próbując zwalczać konsekwentny i metodyczny wywód Skarżącego.

W ocenie skarżącego wyrok oddalający odwołanie skarżącego wydany przez KIO w rażący sposób narusza wskazane w skardze przepisy prawa materialnego ponadto ustalenia KIO są sprzeczne z materiałem dowodowym zebrany w sprawie i zostały dokonane z naruszeniem zasad procesowych.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Skarga okazała się bezzasadna.

Zgodnie z treścią art. 194 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2007 r., nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych (KIO) stronom oraz uczestnikom postępowania odwoławczego przysługuje skarga do sądu. Skarga ta jest przewidzianym w ustawie środkiem odwoławczym wprowadzonym do polskiego systemu prawnego w następstwie wynikających z prawa unijnego zaleceń wprowadzenia efektywnego systemu procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych. Celem skargi jest ponowne merytoryczne rozpoznanie sprawy w zakresie żądań zgłoszonych w odwołaniu. W postępowaniu toczącym się wskutek wniesienia skargi stosuje się odpowiednio przepisy ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. - Kodeks postępowania cywilnego o apelacji, jeżeli przepisy rozdziału 4 ustawy

- prawo zamówień publicznych nie stanowią inaczej (art. 194 ust. 2 cytowanej ustawy).

Na wstępie należy podkreślić, iż w rozpoznawanej sprawie brak było podstaw do odrzucenia skargi zarówno w całości, jak i w części.

Składając wniosek o odrzucenie skargi zamawiający (przeciwnik skargi) podniósł, iż zawiera ona w swoim uzasadnieniu rozważania, które nie mogą być badane na etapie postępowania skargowego. Odnosząc się do tak sformułowanego przez zawodowego pełnomocnika zamawiającego wniosku, stwierdzić należy, iż żaden z przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, jak również stosowanych odpowiednio przepisów o apelacji nie pozwala na odrzucenie skargi z uwagi na to, iż wywody zaprezentowane w jej uzasadnieniu są spóźnione. Kwestia argumentacji skargi niewątpliwie dotyczy jej oceny pod względem merytorycznym, a zatem jej zasadności lub bezzasadności, nie leży zaś w zakresie wymagań formalnych, których brak skutkuje odrzuceniem tego środka odwoławczego (art. 197 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych). Z tych przyczyn wniosek przeciwnika skargi o jej odrzucenie należało uznać za bezzasadny.

Podobnie, nie zasługiwał na uwzględnienie wniosek interwenienta ubocznego, który domagał się odrzucenia skargi jako niedopuszczalnej w części, w jakiej oparta została na zarzutach, które nie były podniesione w proteście. Przystępując do oceny powyższego wniosku w pierwszej kolejności zauważyć należy, iż w postępowaniu toczącym się wskutek wniesienia skargi w postępowaniu o udzielenie zamówienia wszczętym po dniu wejścia w życie ustawy nowelizującej - ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2008 r., Nr 171, poz. 1058), tj. po dniu 24 października 2008 r. - jak to ma miejsce w niniejszej sprawie - Sąd nie może orzekać w przedmiocie zarzutów, które nie były przedmiotem protestu (art. 198 ust. 4 wskazanej ustawy). Zaznaczyć jednak trzeba, iż wprowadzając powyższą regulację do ustawy Prawo zamówień publicznych ustawodawca nie określił jednocześnie skutków, jakie wiązać należy z przytoczeniem przez stronę skarżącą opisanych zarzutów. Zagadnienie to, zapewne z uwagi na stosunkowo krótki czas obowiązywania przedmiotowego unormowania, nie było dotychczas przedmiotem rozważań zarówno judykatury jak i doktryny (również w najnowszych opracowaniach - por. też 4 komentarza do art. 198 ustawy [w:] Paweł Granecki „Prawo zamówień publicznych. Komentarz” wyd. C.H. Beck, 2009 r., s.494).

W ocenie Sądu Okręgowego, analiza treści art. 198 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych nie daje jednak podstaw do przyjęcia, iż w sytuacji objętej dyspozycją tego przepisu Sąd rozpoznający skargę winien odrzucić ją w zakresie, w jakim podniesiono w niej zarzuty, które nie były przedmiotem protestu. Przepis ten stanowi bowiem jedynie, iż Sąd nie może orzekać co do wskazanych zarzutów, a zatem, iż są one wyłączone spod jego oceny w zakresie wydawanego rozstrzygnięcia. Nie oznacza to natomiast, iż skarga w takim zakresie jest niedopuszczalna. Zauważyć należy, iż dyspozycja art. 198 ust. 4 prawa zamówień publicznych skierowana jest do Sądu dokonującego oceny zarzutów pod kątem zasadności zaskarżonego orzeczenia, nie wyznacza zaś stronie skarżącej żadnych obowiązków, których uchybienie skutkować musiałoby - w świetle art. 197 ust. 1 wskazanej ustawy - odrzuceniem wniesionego przez nią środka odwoławczego. Stanowisko Sądu rozpoznającego skargę w zakresie omawianych zarzutów winno więc znaleźć wyraz w merytorycznym, nie zaś formalnym rozstrzygnięciu. Warto przy tym wskazać, iż na gruncie podobnego w swej zasadniczej treści przepisu art. 191 ust. 3 prawa zamówień publicznych w nauce prawa wyrażany był pogląd, iż wynikająca z niego norma oznacza zakaz (skierowany do KIO) orzekania ponad żądanie wyrażone w proteście (por. J. Jerzykowski [w:] Komentarz do art. 191 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych. M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2007, wyd. III), nie zaś przesłankę odrzucenia odwołania. Z tych przyczyn wniosek interwenienta ubocznego o odrzucenie skargi również nie mógł zatem zostać uwzględniony.

Niezależnie jednak od skutków, jakie przyjmie się dla normy wynikającej z art. 198 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych należy podkreślić, iż w niniejszej sprawie nie zaktualizowała się podstawa do jej stosowania, jako że żaden z podniesionych przez stronę skarżącą zarzutów nie podlegał jej dyspozycji. Zauważyć należy, iż przepis art. 198 ust. 4 prawa zamówień publicznych - w odróżnieniu od przywołanego już przepisu art. 191 ust. 3 tej ustawy - obejmuje zarzuty, które nie były przedmiotem protestu, nie zaś takie, które nie były proteście

zawarte. Pozostawiając poza zakresem niniejszych rozważań ustalenie przyczyn takiego rozróżnienia racjonalnego ustawodawcy, należy zaznaczyć, iż protestem spółki AERO-MEDIKA objęta była - jak wskazuje analiza akt sprawy - czynność polegająca na odrzuceniu oferty tej spółki z powodu niespełnienia wymogów SIWZ. W ocenie Sądu, skoro wskazany podmiot kwestionował w proteście zasadność odrzucenia jego oferty z powodu przesłanki wymienionej w art. 89 ust. 1 pkt 2 prawa zamówień publicznych, a w uzasadnieniu protestu starał się dowieść bezzasadności tej decyzji, to sam brak przywołania w proteście powyższej podstawy prawnej, nie uzasadnia stanowiska, iż zarzut taki nie był przedmiotem protestu. Zarzut ten wyrażał się bowiem we wskazaniu przez protestującego przyczyn wadliwości decyzji zamawiającego o odrzuceniu złożonej przez niego oferty. Mimo braku wyraźnego stwierdzenia, że zamawiający dopuścił się naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 prawa zamówień publicznych należało wobec powyższego przyjąć, iż takie uchybienie zostało w proteście podniesione. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych nie został zatem - na mocy art. 198 ust. 4 tej ustawy - wyłączony spod oceny Sądu i podlegał rozpoznaniu.

Normą wynikającą z art. 198 ust. 4 prawa zamówień publicznych nie są również objęte zarzuty sprzeczności ustaleń faktycznych z treścią zebranego w sprawie materiału dowodowego oraz przekroczenia swobodnej oceny dowodów (oznaczone w skardze numerami 3,4 i 5). Zarzuty te dotyczą bowiem naruszeń, do jakich miało dojść w postępowaniu przed Krajową Izbą Odwoławczą, z oczywistych zatem względów nie mogły one być przedmiotem protestu. Odmienne interpretacja - ograniczająca możliwość orzekania przez Sąd w zakresie tych zarzutów - wyłączałaby natomiast kontrolę prawidłowości postępowania wywołanego wniesieniem odwołania i ponownego merytorycznego rozpoznania sprawy w zakresie zgłoszonych w nim żądań. Sprzeciwiałaby się zatem celowi postępowania skargowego, o którym mowa była na wstępie.

Reasumując tę część rozważań należy stwierdzić, iż brak było podstaw do odrzucenia skargi, a wszystkie podniesione w niej zarzuty podlegały rozpoznaniu. Wobec nieuwzględnienia wniosków przeciwnika skargi oraz interwenienta ubocznego o odrzucenie skargi zbędne jest w ocenie Sądu szczegółowe odniesienie się do argumentacji powołanej przez skarżącego dla odparcia tych wniosków, zwłaszcza zaś analiza czy powołane przez interwenienta twierdzenia zostały skarżącemu zasadnie czy też bezzasadnie przypisane.

Przed przystąpieniem do oceny zasadności podniesionych w skardze zarzutów wskazać natomiast należy, iż Sąd Okręgowy na podstawie art. 381 k.p.c. w zw. z art. 194 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych pominął przedłożone przez skarżącego ze skargą dowody w postaci wydruków ze stron internetowych. Nie budzi wątpliwości, że dowody te skarżący mógł powołać je w toku postępowania odwoławczego (skoro są to wydruki z jego stron internetowych), brak natomiast w sprawie jakichkolwiek okoliczności (a przynajmniej nie podnosił ich skarżący), które wskazywałyby na to, iż potrzeba ich powołania wynikła później.

Nie są zasadne wywody skarżącego - zaprezentowane w odpowiedzi na interwencję - w których kwestionował on możliwość odpowiedniego zastosowania w postępowaniu skargowym normy wynikającej z przepisu art. 381 k.p.c. W pierwszej kolejności zważyć należy, iż zgodnie z art. 194 ust. 2 prawa zamówień publicznych w postępowaniu toczącym się wskutek wniesienia skargi stosuje się odpowiednio przepisy k.p.c. o apelacji, jeżeli przepisy niniejszego rozdziału nie stanowią inaczej. Żaden z przepisów Rozdziału IV Działu VI ustawy Prawo zamówień publicznych nie wyłącza zastosowania przepisu art. 381 k.p.c. Przeszkody w zastosowaniu tej regulacji nie stanowi w szczególności dyspozycja art. 196 ust. 1 prawa zamówień publicznych. Ten ostatni przepis ustanawia jedynie wymogi formalne, którym powinna odpowiadać skarga, w żaden sposób nie ogranicza natomiast stosowania norm, które mają na celu przyspieszenie postępowania drugoinstancyjnego. Odmienne interpretacja byłaby zatem niezgodna z dyrektywami Rady Europy, dotyczącymi wdrożenia procedur odwoławczych w sprawach zamówień publicznych (por. np. dyrektywę 89/665/EEC z dnia 21 grudnia 1989 r., dyrektywę 92/13/EEC), których podstawowe cele zawierają się w postulatcie zapewnienia skuteczności i szybkości postępowania odwoławczego, a oczywiste jest, że postulatowi tym odpowiada uregulowanie zawarte w art. 381 k.p.c. Co warto zauważyć, możliwość odpowiedniego zastosowania w postępowaniu skargowym przepisu art. 381 k.p.c. nie budzi w doktrynie żadnych wątpliwości (por. E.Norek. *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*?, wyd. LexisNexis 2008 s.333).

Zauważyć przy tym trzeba, iż skarżący błędnie interpretuje przywołane przez siebie orzeczenie Sądu Najwyższego (wydane w sprawie z zakresu ubezpieczeń społecznych) podnosząc, iż potrzeba powołania tych dowodów wynika z uzasadnienia wyroku KIO. Lektura uzasadnienia orzeczenia SN wskazuje, iż Sąd ten wyraził pogląd, iż potrzeba powołania się na nowe fakty i dowody może wynikać z zawartych w motywach wyroku sądu pierwszej instancji stwierdzeń dotyczących okoliczności przyjętych za podstawę rozstrzygnięcia. Poglądu tego nie należy jednak utożsamiać - jak czyni to skarżący - z sytuacją, w której strona kwestionująca orzeczenie powołuje nowe dowody, gdyż pozostawała w - błędnym, jak się okazało - przekonaniu, iż dowody zaprezentowane wcześniej są wystarczające dla uzasadnienia własnych twierdzeń. Jak trafnie zauważył SN w innym swoim orzeczeniu, strona nie może skutecznie żądać ponowienia lub uzupełnienia dowodu w postępowaniu apelacyjnym tylko dlatego, że spodziewała się korzystnej dla siebie oceny tego dowodu przez sąd pierwszej instancji (por. wyrok z dnia 7 listopada 1997 r. sygn. II CKN 446/97, opubl. w OSNC z 1998 r. z. 4 poz. 67, z dnia 24 lipca 2003 r. sygn. I CKN 514/01). Ponadto sam skarżący wskazał, iż powołane dowody, nie są - jak określił - wcale absolutnie konieczne - do tego aby stwierdzić, iż jego twierdzenia są uzasadnione. Skoro zatem w ocenie samego skarżącego konieczność powołania wskazanych dowodów nie zaistniała, gdyż mają one jedynie na celu jedynie podkreślenie wadliwości i arbitralności orzeczenia KIO, to brak było podstaw aby postępowanie dowodowe uzupełniać. Z tych samych przyczyn Sąd pominął podniesione w skardze okoliczności faktyczne dotyczące dystrybucji baterii typu AA przez apteki CEFARM i FARMACOL.

W tym miejscu należy również stwierdzić, iż Sąd pominął wniosek dowodowy zgłoszony (a w istocie „zmodyfikowany z ostrożności procesowej”) w odpowiedzi na skargę przez zamawiającego (przeciwnika skargi), jako że nie zaistniała powołana przez niego potrzeba przeprowadzenia takiego dowodu (art. 381 k.p.c. w zw. z art. 217 § 2 k.p.c.). Okoliczności sprawy nie uległy bowiem zmianie.

Ja wynika z powyższych rozważań, przedmiotem oceny Sądu w postępowaniu ze skargi spółki AERO-MEDIKA pozostał materiał dowodowy dostępny w postępowaniu odwoławczym i poczynione na gruncie tego materiału ustania faktyczne (a w dalszej kolejności - ocena prawna).

Wbrew zarzutom skarżącego ustalenia te są prawidłowe. Poczynione przez Krajową Izbę Odwoławczą ustalenia Sąd Okręgowy podziela i przyjmuje za własne bez potrzeby ich powielania. W ocenie Sądu Okręgowego KIO dokonała prawidłowych ustaleń faktycznych w oparciu o przedstawione przez strony - zgodnie z art. 188 ust. 1 prawa zamówień publicznych, dowody. Stosownie do tego przepisu „Strony są obowiązane wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy. Krajowa Izba Odwoławcza zasadnie przyjęła jako niekwestionowane przez skarżącego okoliczności podnoszone przez Zamawiającego i Interwenienta, że baterie 14 AA nie są dostępne na terenie Szczecina, nie są znane sprzedawcom, w tym w największych sklepach elektrotechnicznych a także że skarżący nie zakwestionował wiarygodności dowodów przedstawionych na powyższą okoliczność. W toku postępowania odwoławczego przez KIO takie zaprzeczenie ze strony skarżącego - jak wynika to z treści protokołu rozprawy - nie padło.

Odnosząc się do zarzutów należy wskazać, iż w skardze Aero- Medika zakwestionowała przede wszystkim przyjęcie przez KIO, iż bateria typu 14 AA, którą zasilana jest oferowana przez niego pompa insulinowa nie jest baterią ogólnodostępną, z czym ściśle wiążą się zarzuty oznaczone w skardze nr 1,3,4 i 5. Wobec tego do wymienionych zarzutów należało - podobnie jak uczynił to skarżący - odnieść się w sposób łączny.

Interpretację Krajowej Izby Odwoławczej odnośnie wymogu ogólnodostępności baterii określonego w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia - zagadnienia kluczowego w niniejszej sprawie - należy w pełni podzielić. Podkreślenia przy tym wymaga, iż interpretacja wskazanego wymogu przez Krajową Izbę Odwoławczą nastąpiła w odpowiedzi na zarzuty skarżącego (wówczas odwołującego), do których Izba obowiązana była się odnieść, co w żaden sposób nie wyklucza stwierdzenia, że w ocenie Izby pojęcie to jest jednoznaczne i nie wymaga wykładni. Gdyby bowiem Izba poprzestała na powyższym stwierdzeniu, nie wskazując jednocześnie jakie znaczenie należy nadać powyższemu określeniu, to niewątpliwie stanowisko takie mogłoby zostać ocenione jako arbitralne.

Na akceptację zasługuje pogląd, iż wykładni znaczenia wskazanego pojęcia - niezależnie od jego słownikowej definicji - nie można dokonywać w oderwaniu od przedmiotu, którego dotyczy. Znaczenie omawianego wymogu należy zatem odnieść do baterii zasilających pompy insulinowe dla dzieci chorych na cukrzycę. W tym kontekście ogólnodostępność powinna odznaczać się - jak słusznie wskazano w zaskarżonym wyroku - łatwością w nabyciu, brakiem utrudnień w dostępie do punktów sprzedaży. Nie jest natomiast zasadne odwoływanie się przez skarżącego do kryterium dostępności produktu dla każdego, które przywołane zostało dla odróżnienia w stosunku do ograniczeń płynących ze sprzedaży produktów szczególnego rodzaju (alkohol, papierosy). Podkreślić należy, iż skarżący w swoich obszernych wywodach nie wskazał jakie to uwarunkowania (np. prawne) w dostępności baterii do pompy insulinowej dla każdego zainteresowanego miałyby ograniczać możliwość jej zakupu. W konsekwencji nie są znane przyczyny, dla których zamawiający miałby tak rozumiany wymóg ustanawiać w Specyfikacji Istotnych Wymogów Zamówienia.

Znamiennym jest, iż również tak samo jak KIO rozumiał zawarty w SIWZ wymóg „ogólnodostępności” sam skarżący - o czym świadczy treść protestu, gdzie wprost zawarto stwierdzenie : „, przyjmując że celem zamawiającego było zapewnienie potencjalnym odbiorcom pomp insulinowych - stałej, powszechnej i nieprzerwanej dostępności do baterii...”

Zaznaczyć należy, iż wymogu ogólnodostępności baterii nie można - jak czyni to skarżący - utożsamiać z możliwością jej nabycia w każdym sklepie, w każdym czasie i miejscu (na marginesie zauważyć należy, iż uzasadnienie zaskarżonego wyroku w jakimkolwiek jego fragmencie nie odnosi się do obozu harcerskiego w Bieszczadach). Oczywiście jest, że rozumianego w ten sposób wymogu nie spełniłby żaden produkt, w związku z czym logicznie niezbędne jest dokonanie oceny utrudnień w jego dystrybucji. Utrudnienia takie nie występują co do zasady - pomijając wyjątkowe przypadki, które bezzasadnie stara się uwypuklić skarżący - w odniesieniu do zwykłych baterii. Zakup ich jest łatwy i szybki, odbywa się bez jakichkolwiek przeszkód (np. konieczności poszukiwania jednego z wybranych punktów dystrybucji, ewentualnego oczekiwania na wysyłkę). Tymczasem, jak trafnie ustaliła Krajowa Izba Odwoławcza na podstawie przedłożonych w postępowaniu odwoławczym dowodów, baterie 14

AA są dostępne w wybranych punktach sprzedaży . Ustalenia tego skarżący w skutecznie nie podważył (nie wykazując w istocie inicjatywy dowodowej, a opierając się zasadniczo na niepopartej dowodami argumentacji), co zasadnym czyni wniosek, iż dostęp do baterii wskazanego typu jest ograniczony. Prawidłowa jest wobec tego konstatacja, iż baterie zasilające pompy oferowane przez skarżącego nie są ogólnodostępne.

Podkreślić przy tym trzeba, iż bez znaczenia dla sprawy są zapewnienia skarżącego, iż bateria zasilająca oferowane przez niego pompy jest lepsza, wydajniejsza, tańsza w eksploatacji, sprawniejsza i nowocześniejsza technologicznie czy bardziej niezawodna. Takie kryteria nie zostały określone w SIWZ, a z uwagi na upływ terminu do zakwestionowania stawianych w tym dokumencie wymagań - na co słusznie zwróciła Krajowa Izba Odwoławcza - nie mogą być one przedmiotem badania w dalszym toku postępowania (zarówno odwoławczego, jak i skargowego). Podobnie bez znaczenia pozostaje dla sprawy to, czy skarżący dołącza baterie do zestawów infuzyjnych. Jedynym kryterium odnośnie baterii zasilających pompy stanowiące przedmiot przetargu było kryterium ich ogólnodostępności. Skoro jednak wymogu tego oferta skarżącego nie spełniała, to zamawiający zasadnie ją odrzucił. Nie doszło zatem do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odnosząc się do drugiego zarzutów naruszenia prawa materialnego należy stwierdzić, iż prawidłowe stosowanie przepisów ustawy - Prawo zamówień publicznych i dokonana na ich podstawie weryfikacja ofert skutkująca odrzuceniem ofert wadliwych (nie spełniających wymagań określonych w art. 89 ust. 1 prawa zamówień publicznych) nie mogą być oceniane jako działania naruszające zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania przedsiębiorców - art. 7 ust. 1 wskazanej ustawy. Przeciwnie, jak trafnie dostrzeżono w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku, to właśnie czuwanie nad prawidłowym przebiegiem postępowania i eliminowanie z niego ofert, które określonego wcześniej (w SIWZ) i stawianego wszystkim uczestnikom postępowania według tych samych - podanych do wiadomości wszystkich - kryteriów wymogu nie spełniają pozwala na zachowanie zasad, o których mowa w art. 7 ust. 1 prawa zamówień publicznych. Zdaniem Sądu, jeżeli wymóg dotyczący baterii zasilających pompy insulinowe będących przedmiotem przetargu sformułowany został

analogicznie w stosunku do wszystkich uczestników postępowania, a żaden z nich -co bezsporne

- nie oprotestował w przewidzianym w ustawie terminie zasadności jego nałożenia, ani też nie wyrażał nawet wątpliwości co do jego znaczenia, to kwestionowanie tych wymogów - zwłaszcza na obecnym etapie postępowania - jako naruszających zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców nie może być skuteczne.

Nie zasługiwał również na uwzględnienie zgłoszony w skardze wniosek zbadania przesłanek nieważności postępowania z urzędu. Jakkolwiek Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 27 stycznia 2005 r. w sprawie o sygn. akt III CZP 78/04 (OSNC z 2005 r. z. 12 poz. 202) wyraził pogląd, iż również sąd okręgowy - mimo braku zamieszczenia w ustawie odpowiedniego przepisu - może z urzędu stwierdzić okoliczność objętą art. 93 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych i wskutek tego uchylić orzeczenia zapadłe w postępowaniu odwoławczym oraz unieważnić postępowanie o udzielenie zamówienia, tak zauważyć należy, iż do wniosku takiego Sąd ten doszedł w oparciu o zastosowanie per analogiam przepisów, które stanowiły podstawę do uwzględnienia z urzędu przez Izbę okoliczności, o których mowa w art. 93 ust. 1 ustawy oraz

- w konsekwencji - unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia (art. 191 ust. 2 pkt 3 i ust 3 zdanie drugie). Wydaje się jednak, iż wskutek wspomnianej nowelizacji z dnia 4 września 2008 r. pogląd ten stracił na aktualności albowiem wskazane podstawy prawne zostały uchylone. Skoro zatem ustawodawca wyeliminował z porządku prawnego powyższe unormowania, a tym samym pozbawił Izbę uprawnienia do badania przesłanek skutkujących nieważnością z urzędu (i samego unieważnienia postępowania), to przyjąć zdaniem Sądu konsekwentnie należy, iż brak

obecnie również podstaw do badania z urzędu takich przesłanek przez Sąd (zwłaszcza wobec

wprowadzenia art. 198 ust 4 ustawy w jego obecnej postaci).

Z przedstawionych wyżej względów Sąd Okręgowy uznał, iż zaskarżone orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej odpowiada przepisom prawa i brak podstaw do jego zmiany. Skargę zamawiającego jako bezzasadną - na podstawie art. 198 ust 2 prawa zamówień publicznych - wobec powyższego oddalił.

O kosztach postępowania wywołanego wniesieniem skargi Sąd Okręgowy orzekł na podstawie art. 109 § 1 kpc oraz 198 ust. 5 prawa zamówień publicznych. Zgodnie z treścią drugiego z wymienionych przepisów koszty postępowania skargowego ponoszą strony tego postępowania, stosownie do jego wyniku, przy czym określając wysokość kosztów w treści orzeczenia sąd uwzględnia także koszty poniesione przez strony w związku z rozpoznaniem odwołania. W związku z tym, iż skarga okazała się bezzasadna i podlegała oddaleniu kosztami postępowania wywołanego jej wniesieniem należało obciążyć skarżącego. Na koszty te składało się wyłącznie wynagrodzenie pełnomocnika strony przeciwnej. W związku z brakiem regulacji dotyczącej stawek wynagrodzenia z tytułu zastępstwa procesowego w postępowaniu wywołanym wniesieniem skargi Sąd ustalił tą wartość, kierując się treścią przepisu § 10 ust. 1 pkt 4 w zw. z §2 ust. 1 i § 12 ust. 1 pkt 1w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (Dz. U. z 2002 nr 163 poz. 1349 ze zm.), o czym orzeczono w punkcie II wyroku.