

1. odrzuceniu oferty Odwołującego,
2. wyborze oferty wykonawcy PROMED.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3, art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 182 ust. 2 pkt 3 lit. a ustawy *Prawo zamówień publicznych*.

Jednocześnie Odwołujący wniósł o:

1. niezwłoczne powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. unieważnienie czynności odrzucenia oferty Protestującego,
3. unieważnienie wyboru oferty złożonej przez wykonawcę PROMED,
4. wybór oferty Protestującego jako oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu Odwołujący podniósł, iż Zamawiający w sposób nieprawidłowy wykonał wcześniejszy wyrok KIO i odrzucił ofertę Odwołującego. Jednocześnie wskazał, iż zarzuty skutkujące odrzuceniem oferty Odwołującego są identyczne jak postawione na etapie wcześniejszych czynności, które były już rozpatrzone na korzyść Odwołującego w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 lutego 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 59/08. Nadto dodał, iż jedynie zarzut dotyczący załącznika 2B, poz. 1, I.p. 54, tj. zaproponowania „wszystkich elementów wielokrotnego użytku” jest zarzutem nowym, który wcześniej nie był podnoszony.

Zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu protestu, przekazał kopię protestu oraz wezwał wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu. Wykonawca PROMED przystąpił do protestu (wpływ do Zamawiającego w tej samej dacie), przekazując jednocześnie kopię pisma protestującemu. Zamawiający rozstrzygnął protest poprzez jego oddalenie. Odwołujący złożył odwołanie od ww. rozstrzygnięcia protestu, podtrzymując wszystkie zarzuty i wnioski podniesione w proteście oraz wnosząc o uwzględnienie odwołania. Zamawiający poinformował uczestników postępowania o wniesieniu odwołania, przekazał kopię odwołania, jednocześnie wzywając uczestników postępowania do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 27 czerwca 2008 r. - przed rozpoczęciem rozprawy - (pismem z dnia 26 czerwca 2008 r.) wykonawca PROMED przystąpił do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego.

Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie nie zasługiwało jednak na uwzględnienie. Wskazała Izba, że w jej ocenie bezspornym jest, iż zarzuty dotyczące

1. w zakresie części B:

- załącznika 2B, poz. 3, I.p. 9 - respiratora do wentylacji nieinwazyjnej (producent: Dräger Medical AG&Co.KgA, model: CARINA),
- załącznika 2B poz. 3, I.p. 20 i 21 - respiratora do wentylacji nieinwazyjnej (producent: Dräger Medical AG&Co.KgA, model: CARINA),

2. w zakresie części C:

- załącznika 2C, poz. 1, I.p. 29 - aparatu do znieczulenia z monitorowaniem do sal zabiegowych (producent: Dräger Medical AG&Co.KgA (Fabius Plus), Draeger Medical Systems Inc. Infinity Delta XL, model: Fabius Plus z monitorem Infinity Delta XL),
- załącznika 2C, poz. 2, I.p. 35 - stanowiska do znieczulenia wysokiej klasy (producent: Dräger Medical AG&Co.KgA (Primus), Draeger Medical Systems Inc. Infinity Kappa, model: Aparat Primus z kardiomonitorem Infinity Kappa) jak również zarzuty pod adresem

wykonawcy PROMED (załącznik 2B, poz.4, l.p. 3.1-3.4 oferty tego wykonawcy) były już przedmiotem rozstrzygnięcia przez Krajową Izbę Odwoławczą w sprawie innego odwołania wniesionego przez tego samego Odwołującego w tym samym postępowaniu (wyrok KIO z dnia 14 lutego 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 59/08).

W tej sytuacji nie może Odwołujący ponownie powoływać się na te same okoliczności, które były już przedmiotem rozstrzygnięcia i powoduje stan zbliżony do powagi rzeczy osądzonej. Kwestią sporną między stronami są natomiast zarzuty dotyczące:

- załącznika 2B, poz. 1, l.p. 23 - respiratora do leczenia ostrej niewydolności oddechowej,
- załącznika 2C, poz. 2, l.p. 55 - stanowiska do znieczulenia wysokiej klasy,

Zdaniem Odwołującego powyższe zarzuty były już przedmiotem rozstrzygnięcia Krajowej Izby Odwoławczej. Natomiast Zamawiający i Przystępujący podnoszą, iż są to zarzuty nowe. Izba ustaliła, iż zarzut dotyczący załącznika 2B, poz. 1, l.p. 23, tj. braku określenia zakresu wartości wyzwalania oddechu przepływem, istotnie był już podniesiony we wcześniejszym postępowaniu. Wskazuje na to, m.in. pismo z dnia 21 grudnia 2007 r., w którym Zamawiający poinformował Odwołującego o wykluczeniu tego wykonawcy z niniejszego postępowania. Jako podstawę wykluczenia Zamawiający wskazał m.in., iż w załączniku B, poz.1, l.p. 23 „firma Dräger Polska Sp. z o.o. stwierdza możliwość wyzwalania oddechu przepływem i ciśnieniem, ale z dostępnej dokumentacji wynika, że oferowany aparat Evita XL nie posiada możliwości wyzwalania oddechu ciśnieniem”. Powyższe zaskarżył Odwołujący (protest z dnia 26 grudnia 2008 r.), w którym podniósł, iż przedmiotowy zarzut jest nieuzasadniony, gdyż respirator Evita XL posiada możliwość wyzwalania oddechu ciśnieniem.

KIO w wyroku z dnia 14 lutego 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 59/08 stwierdziła, iż odpowiedź Odwołującego „potwierdza spełnienie warunku zarówno w zakresie wyzwalania oddechu przepływem (wymóg minimalny 21/min.- oferowany 151/min.) jak w zakresie wyzwalania oddechu ciśnieniem (Zamawiający nie wskazał minimalnego zakresu ciśnienia jaki będzie potwierdzał spełnienie wymogu minimalnego - granicznego).” (s.8-9 uzasadnienia wyroku KIO z dnia 14 lutego 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 59/08). Jednocześnie Izba unieważniła czynność wykluczenia Odwołującego i odrzucenia jego oferty. Natomiast zarówno Zamawiający, jak i PROMED wnieśli skargę na powyższy wyrok do Sądu Okręgowego we Wrocławiu, w której PROMED podniósł, iż zarzuty w zakresie parametrów technicznych oferty Odwołującego nie zostały spełnione w zaoferowanych urządzeniach, w tym m.in. parametry dotyczące respiratora do leczenia ostrej niewydolności oddechowej (załącznik B, poz.1, l.p. 23) (s. 3-5 skargi, będącej załącznikiem do zgłoszenia przystąpienia do odwołania przez wykonawcę PROMED).

Izba ustaliła również, iż drugi sporny zarzut, tj. zarzut dotyczący załącznika 2C, poz. 2, l.p. 35 (stanowiska do znieczulenia wysokiej klasy) był już przedmiotem rozstrzygnięcia w tym postępowaniu ale w innym odwołaniu. Zamawiający wykluczając Odwołującego oraz odrzucając złożoną przez niego ofertę wskazał, iż zaoferowane stanowiska do znieczulania wysokiej klasy (załącznik 2C, poz. 2) powinny m.in. „posiadać możliwość regulacji położenia ekranu w płaszczyźnie poziomej i pionowej, a funkcji takiej (...) oferowany przez Odwołującego aparat PRIMUS nie spełnia”. Odwołujący w proteście z dnia 26 grudnia 2008 r. podniósł, iż aparat Primus wyposażony w respirator anestetyczny wraz z monitorem umożliwia optymalny dobór prezentacji parametrów.” W odpowiedzi na protest z dnia 4 stycznia 2008 r. Zamawiający stwierdził, iż oferowany przez Odwołującego aparat Primus posiada jedynie wbudowany ekran w korpus aparatu, a nie monitora pacjenta, nie ma więc możliwości regulacji jego ułożenia w płaszczyźnie poziomej i pionowej. KIO w wydanym wyroku stwierdziła, iż „stanowisko do znieczulenia, wysokiej klasy - 16 sztuk” zaoferowane przez Odwołującego (poz. 2 pkt 54, 55 i 64) spełnia parametry wymagane przez Zamawiającego. Nadto Izba uznała, iż „niemożliwym jest postawienie zarzutu dotyczącego nie posiadania ruchomego monitora urządzenia w celu optymalnej, ergonomicznej prezentacji parametrów, osobno pracy aparatu do znieczulania oraz osobno funkcji organizmu pacjenta w płaszczyźnie poziomej i pionowej, gdyż z postanowień SIWZ wprost nie wynika, aby taki wymóg istniał” (s.10-11 uzasadnienia wyroku KIO z dnia 14 lutego 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 59/08). W zakresie powyższego PROMED również podniosła zarzut w składanej

skarżąc do Sądu Okręgowego we Wrocławiu wskazując, iż Izba błędnie połączyła „opisy wymogów w zakresie respiratora anestetycznego” - ekranu respiratora (l.p. 54-55) „z wymogami dotyczącymi monitora pacjenta do aparatu (l.p. 66-70)”. Tak więc zarzut dotyczył braku w zaoferowanym urządzeniu (aparacie Primus) ekranu respiratora z funkcją regulacji położenia ekranu w płaszczyźnie pionowej i poziomej.

Wskazała także Izba, iż skarga wniesiona m.in. przez PROMED do Sądu Okręgowego we Wrocławiu zawierała wniosek o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu anestezjologii i intensywnej terapii na okoliczność tego, że zaoferowane przez Odwołującego urządzenia nie spełniają wymaganych przez Zamawiającego parametrów technicznych. Z załączonego do złożonego Izbie wniosku o zawieszenie postępowania protokołu rozprawy apelacyjnej z dnia 26 maja 2008 r. w sprawie sygn. akt X Ga 22/08 wynika, iż Sąd postanowił dopuścić dowód z opinii biegłego z zakresu anestezjologii i intensywnej terapii na m.in. okoliczność ustalenia czy oferta Odwołującego dotycząca urządzeń określonych w pakiecie B, tj. respiratora do leczenia ostrej niewydolności oddechowej i respiratora do wentylacji nieinwazyjnej oraz w pakiecie C to jest stanowiska do znieczulenia wysokiej klasy i aparatury do znieczulenia z monitorowaniem do sal zabiegowych spełnia wymagania określone w SIWZ (s. 4 powołanego wyżej protokołu).

W tej sytuacji zdaniem Izby nie jest możliwe orzekanie w zakresie dwóch ww. zarzutów, gdyż były one już przedmiotem rozstrzygnięcia przez Krajową Izbę Odwoławczą. Bezpomnym jest także w ocenie Izby, iż zarzut dotyczący załącznika 2B, poz. 1, l.p. 54 - respiratora do leczenia ostrej niewydolności oddechowej jest zarzutem nowym i dotychczas nie był przez Zamawiającego podnoszony. Izba ustaliła, iż Zamawiający w załączniku nr 2B / poz.1 „respirator do leczenia ostrej niewydolności oddechowej” l.p. 54 w rubryce 2 „Opis techniczny, funkcje i parametry techniczne” zamieścił postanowienie „Kompletna linia do wziewnej podaży leków (wszystkie elementy jednorazowe po 10 szt.) - 1 kpi do każdego respiratora”. Jednocześnie w rubryce 3 „Wymagana odpowiedź” wskazał, iż „TAK”. Odwołujący w załączniku 2B / poz. 1 zaoferował respirator do leczenia ostrej niewydolności oddechowej - 40 sztuk - producent: Dräger Medical AG & Co. KGaA, model: Evita XL.

W rubryce 4 „Parametr oferowany” załącznika 2B / poz. 1, l.p. 54 Odwołujący zaoferował Zamawiającemu „TAK. Kompletna linia do wziewnej podaży leków - 1 kpi do każdego respiratora. Wszystkie elementy wielokrotnego użytku”.

Wskazała KIO Zamawiający w sposób jednoznaczny, w postanowieniu załącznika 2B / poz. 1, l.p. 54, wskazał, iż oczekuje kompletnej linii do wziewnej podaży, doprecyzowując iż „wszystkie elementy jednorazowe - 10 szt”. Zdaniem Izby powyższe oznacza, iż Zamawiający oczekiwał urządzenia, w skład którego miały wchodzić elementy jednorazowe, które miały być dostarczone w ilości 10 sztuk każdy.

Zgodziła się Izba z Zamawiającym, iż Odwołujący, mając wątpliwości, co do tego, które elementy mają być jednorazowe mógł w trybie art. 38 ust. 1 ustawy *Prawo zamówień publicznych* zwrócić się do Zamawiającego o wyjaśnienie treści SIWZ. Odwołujący tego nie uczynił. Niemniej jednak zdaniem Izby Odwołujący będąc profesjonalistą na rynku medycznym w zakresie tego rodzaju sprzętu nie powinien mieć wątpliwości co do znaczenia zapisu „wszystkie elementy jednorazowe”. Dlatego też nie można podzielić argumentacji Odwołującego, iż skoro Zamawiający bliżej nie sprecyzował, czy wszystkie, czy też tylko niektóre elementy oferowanego urządzenia mają być jednorazowe, tym samym dopuścił możliwość zaoferowania urządzenia zawierającego wszystkie elementy wielokrotnego użytku.

Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego, uznając iż Zamawiający ma prawo określić przedmiot zamówienia z uwzględnieniem swych potrzeb oraz w sposób chroniący jego zobiektywizowany interes. W ocenie KIO Zamawiający w sposób prawidłowy określił przedmiot zamówienia a Odwołujący nie spełnił wymaganych parametrów, gdyż zaoferowane przez niego urządzenie nie zawiera żadnych jednorazowych elementów. W tej sytuacji Izba nie dopatrzyła się naruszenia wskazanych przez Odwołującego przepisów art. 7 ust. 1 i 3, art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 182 ust. 2 pkt 3 lit. a ustawy *Prawo zamówień publicznych*.

Od tego wyroku z kolei skargę złożyła Dräger Polska spółka z o.o., która wskazała, że zarzuca zaskarżonemu wyrokowi naruszenie przepisów prawa materialnego, a mianowicie:

-art. 181 ust. 6 ustawy *Prawo zamówień publicznych* przez błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie, a w konsekwencji wadliwe przyjęcie, że Skarżący nie może korzystać ze środków ochrony prawnej na czynność Zamawiającego wykonaną niezgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu, zapadłym w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu;

- art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy *Prawo zamówień publicznych* poprzez błędną wykładnię i uznanie, że Zamawiający nie naruszył przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy *Prawo zamówień publicznych*, pomimo że dokonał wyboru oferty Promed S.A. oraz odrzucił ofertę Skarżącego wbrew treści zapadłym w niniejszym postępowaniu wyrokom Krajowej Izby Odwoławczej z 14 lutego i 16 maja 2008 r., w których KIO stwierdziła, że oferta Skarżącego jest prawidłowa i została bezprawnie odrzucona przez Zamawiającego, a oferta Promed S.A. podlega odrzuceniu z powodu niezgodności jej treści z treścią SIWZ;

- art. 7 ust. 1 i 3 ustawy *Prawo zamówień publicznych* przez błędną wykładnię i w konsekwencji uznanie, że pomimo nie odrzucenia oferty Promed S.A., której treść jest niezgodna z treścią SIWZ oraz odrzuceniu prawidłowej oferty Skarżącego, nie doszło do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zasady udzielania zamówienia wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy *Prawo zamówień publicznych*;

- art. 182 ust. 2 pkt 3 lit. a ustawy *Prawo zamówień publicznych* przez błędną wykładnię i przyjęcie, że przepis ten nie został naruszony pomimo dokonania przez Zamawiającego czynności badania i oceny ofert w sposób nie uwzględniający wydanych w sprawie wyroków z dnia 14 lutego i 16 maja 2008 r., stanowiących w niniejszej sprawie ostateczne rozstrzygnięcie protestu.

Zdaniem skarżącego doszło również do naruszenia przepisów prawa procesowego mających istotny wpływ na wyniki postępowania, a mianowicie:

1) art. 190 ust. 2 ustawy *Prawo zamówień publicznych* przez nieuwzględnienie stanu rzeczy ustalonego w toku postępowania, tj. skutków wydanych w postępowaniu ww. wyroków KIO, a mianowicie:

- obowiązku odrzucenia przez Zamawiającego, po dokonaniu czynności ponownego badania i oceny ofert, oferty Promed S.A., zgodnie z wyrokiem KIO z 14 lutego 2008 r., stwierdzającym niezgodność treści tej oferty z treścią SIWZ w obu częściach zamówienia: B i C,

- obowiązku uznania przez Zamawiającego zgodności treści oferty Skarżącego z treścią SIWZ, zgodnie z wyrokiem KIO z 14 lutego 2008 r., stwierdzającym prawidłowość oferty Skarżącego i jej bezprawne odrzucenie przez Zamawiającego, przynajmniej co do części C, w której Zamawiający ofercie Skarżącego nie postawił nowych zarzutów po ponownym dokonaniu czynności badania i oceny ofert przy czym obowiązek niezwłocznego wykonania przez Zamawiającego tych obowiązków został dodatkowo potwierdzony wyrokiem KIO z dnia 16 maja 2008 r.;

2) art. 188 ust. 7 ustawy *Prawo zamówień publicznych* przez przekroczenie zasady swobodnej oceny dowodów i w konsekwencji błędne ustalenie stanu faktycznego, polegające na przyjęciu, że treść oferty Skarżącego w części B zamówienia jest niezgodna z treścią SIWZ w zakresie oferowanego sprzętu, określonego w załączniku 2B, poz. 1, pkt 54 SIWZ;

3) art. 184 ust. 4 w zw. z art. 181 ust. 5 PZP przez dopuszczenie do postępowania odwoławczego wykonawcy Promed S.A., pomimo nie wykazania przez tego wykonawcę skutecznego przystąpienia do postępowania protestacyjnego.

Przy tak określonych zarzutach domagał się Skarżący zmiany zaskarżonego wyroku Krajowej Izby Odwoławczej poprzez uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu niezwłocznego powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej. Domagał się także unieważnienia czynności odrzucenia oferty Skarżącego, unieważnienia wyboru oferty złożonej przez Promed S.A. i nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty Promed S.A.

Uzasadniając skargę wskazał Skarżący, że złożył ofertę i dnia 21 grudnia 2007 r. otrzymał zawiadomienie o wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty Promed S.A. i wykluczeniu z postępowania spółki Drager Polska sp. z o.o. oraz jej odrzuceniu jako nie odpowiadającej treści SIWZ. Na te czynności Skarżący w dniu 27 grudnia 2007 r. wniósł protest, a następnie - wobec jego oddalenia - odwołanie. Wyrokiem z dnia 14 lutego 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP/59/08) Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie, unieważniła czynność Zamawiającego polegającą na wykluczeniu wykonawcy Drager Polska sp. z o.o. i odrzuceniu jej oferty oraz nakazała powtórzyć czynności badania i oceny ofert. Jednocześnie w wyroku tym KIO wyraźnie wskazała, że wybrana oferta spółki Promed S.A. podlega odrzuceniu z powodu niezgodności jej treści z treścią SIWZ (s. 14 wyroku) oraz, że Zamawiający nie miał prawa wykluczyć Skarżącego oraz nie mógł odrzucić jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP (s. 13 wyroku). Zamawiający nie wykonał wyroku KIO z dnia 14 lutego 2008 r., dlatego też Skarżący wniósł protest na zaniechanie Zamawiającego, polegające na niewykonaniu ww. wyroku KIO i - wobec oddalenia tego protestu przez Zamawiającego - Skarżący wniósł odwołanie. Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem z dnia 16 maja 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP/420/08) uwzględniła odwołanie i nakazała zamawiającemu: „dokonanie zaniechanych czynności polegających na unieważnieniu czynności Zamawiającego wykluczenia Wykonawcy Drager Polska sp. z o.o. i odrzucenia jej oferty, jak również czynności powtórnego badania i oceny ofert”. W uzasadnieniu tego wyroku KIO stwierdziła również, że Zamawiający jest związany nie tylko sentencją wyroku KIO z dnia 14 lutego 2008 r., ale dokonanie ponownej oceny ofert powinno nastąpić również „według wskazań, jakie zawiera uzasadnienie wyroku KIO z dnia 14 lutego 2008 r.” (s. 5-6 uzasadnienia wyroku KIO z 16 maja 2008 r.). Pomimo powyższego Zamawiający pismem z dnia 30 maja 2008 r. dokonał unieważnienia swojej czynności dokonanej w dniu 21 grudnia 2007 r., a polegającej na odrzuceniu oferty Drager Polska sp. z o.o. i jednocześnie - wbrew jednoznacznym wyrokom KIO z dnia 14 lutego i 16 maja 2008 r. - ponownie odrzucił ofertę Drager Polska sp. z o.o. i dokonał wyboru oferty Promed S.A.

Wobec tej czynności Skarżący w dniu 5 czerwca 2008 r. wniósł protest i - w związku z jego oddaleniem - w dniu 18 czerwca 2008 r. wniósł odwołanie. Skarżący w proteście i następnie w odwołaniu podniósł przede wszystkim, iż Zamawiający w sposób nieprawidłowy wykonał wyrok KIO i odrzucił jego ofertę, pomimo uznania jej przez KIO za prawidłową i jednocześnie dokonał wyboru oferty Promed S.A., pomimo uznania przez KIO, że oferta ta powinna być odrzucona z powodu niezgodności jej treści z treścią SIWZ. Skarżący wskazał, że takie działanie Zamawiającego jest rażąco sprzeczne z zapadłymi w sprawie wyrokami KIO i nie może być uznane za prawidłowe wykonanie tych wyroków. Skarżący podniósł, że Zamawiający zobowiązany był do prawidłowego wykonania wyroków KIO, niezależnie od wniesienia skargi na wyrok KIO z dnia 14 lutego 2008 r. (wartość przedmiotu zamówienia przesądza, że ostatecznym rozstrzygnięciem protestu jest wyrok KIO - art. 182 ust. 2 pkt 3 lit. a PZP). Zdaniem Skarżącego Zamawiający zignorował oba wyroki KIO i w istocie nie dokonał nakazanych nimi czynności, w zasadzie nie uwzględniając rozstrzygnięć dokonanych przez KIO. Skarżący w odwołaniu wskazywał więc przede wszystkim na fakt dokonania przez Zamawiającego ponownej czynności badania i oceny ofert w sposób niezgodny z ostatecznym rozstrzygnięciem w protestu, jakim w niniejszej sprawie jest wyrok KIO z dnia 14 lutego 2008 r. Dodatkowo Skarżący podniósł, że zarzuty skutkujące odrzuceniem jego oferty są praktycznie rzecz biorąc identyczne, jak postawione na etapie wcześniejszych czynności, które były już rozpatrzone na korzyść Skarżącego w wyroku KIO z 14 lutego 2008 r., a jedynie zarzut dotyczący załącznika 2B, poz. 1, pkt 54 jest zarzutem nowym, który wcześniej nie był podnoszony. Skarżący - już tylko z ostrożności procesowej, na co wyraźnie wskazał w odwołaniu - podtrzymał również swoje merytoryczne stanowisko wyrażone w proteście co do poszczególnych zarzutów podniesionych przez Zamawiającego wobec jego oferty, a wcześniej rozpoznanych przez KIO.

W dalszym ciągu wskazał Skarżący, że KIO w zaskarżonym wyroku w ogóle nie odniosła się co do tego, iż Zamawiający nie wykonał czynności badania i oceny ofert zgodnie z wyrokami KIO, zapadłymi w tym samym postępowaniu. W szczególności KIO pominęła fakt dokonania ponownego wyboru oferty spółki Promed S.A. pomimo tego, że KIO we wcześniejszych wyrokach wskazała, że treść tej oferty nie odpowiada treści SIWZ, w związku z czym powinna być odrzucona. KIO nie zarzuca Zamawiającemu ponownego postawienia takich samych zarzutów wobec oferty Skarżącego, pomimo tego, że zarzuty te były już

przedmiotem rozstrzygnięcia na korzyść Skarżącego, lecz zarzuca Skarżącemu, że podnosi on
te same zarzuty w swoim odwołaniu, zupełnie nie uwzględniając faktu, że do takich działań
Skarżący został zmuszony na skutek bezprawnych działań Zamawiającego, całkowicie

ignorujących wcześniej wydane w sprawie wyroki KIO. To Zamawiający stawia te same zarzuty ofercie Drager Polska sp. z o.o., pomimo ich merytorycznego rozpoznania w wyroku KIO z 14 lutego 2008 r., tym samym powodując konieczność ponownego ustosunkowania się do nich przez Skarżącego. Krajowa Izba Odwoławcza uznała natomiast, iż z uwagi na to, że zarzuty podnoszone w odwołaniu były już przedmiotem wcześniejszego rozstrzygnięcia przez KIO (wyrok z 14 lutego 2008 r.) nie jest możliwe ponowne ich powoływanie w kolejnym odwołaniu oraz że Izba nie może orzekać co do zarzutów, które były już przedmiotem rozstrzygnięcia KIO na wcześniejszym etapie postępowania. Skarżący podnosi, że KIO w zaskarżonym wyroku błędnie zinterpretowała art. 181 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych. Przepis ten zabrania bowiem korzystania ze środków ochrony prawnej wobec czynności wykonanych przez zamawiającego zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu. W niniejszej sprawie, jak już wskazano wyżej, Zamawiający nie dokonał czynności badania i oceny ofert zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu, w szczególności nie dokonał oceny ofert według wskazań, jakie zawiera uzasadnienie wyroku KIO z 14 lutego 2008 r. (na obowiązek uwzględnienia również uzasadnienia tego wyroku wskazuje wyraźnie KIO w uzasadnieniu wyroku z dnia 16 maja 2008 r.). Zaskarżone rozstrzygnięcie KIO prowadzi do uznania, że Zamawiający nie tylko może bezkarnie nie wykonać wyroku KIO, tym samym drwiąc z prawa, ale też może stawiać ofercie Skarżącego zarzuty, które były już przedmiotem rozpoznania i - w istocie - korzystają z powagi rzeczy osądzonej. Jednak negatywne konsekwencje takich działań powinien ponosić Zamawiający. W związku jednak z rozstrzygnięciem KIO, jakie miało miejsce w niniejszej sprawie, konsekwencje bezprawnych działań Zamawiającego poniósł Skarżący, bo w efekcie został pozbawiony środków ochrony prawnej na czynność Zamawiającego wykonaną niezgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu. Zaskarżony wyrok w zasadzie sankcjonuje bezprecedensowe działania Zamawiającego, polegające na bezpardonowym ignorowaniu prawa i podlegających wykonaniu wyroków. Krajowa Izba Odwoławcza oddalając odwołanie Skarżącego w całości w zasadzie pozwoliła Zamawiającemu na wybór oferty, która - zgodnie z wcześniejszymi wyrokami KIO wydanymi w tej samej sprawie - powinna podlegać odrzuceniu.

Skarżący wskazał, że KIO nie uwzględniła też, iż nowy zarzut postawiony przez Zamawiającego ofercie Skarżącego odnosi się jedynie do części B zamówienia i w żaden sposób nie prowadzi do zmiany wyroków KIO z 14 lutego i 16 maja 2008 r., w których stwierdzono konieczność odrzucenia oferty Promed S.A. co do obu części B i C oraz w których stwierdzono prawidłowość oferty Skarżącego i bezprawne jej odrzucenie przez Zamawiającego w obu częściach. Nawet przyjęcie, że nowy zarzut postawiony ofercie Skarżącego w części B jest zasadny nie zmienia oceny oferty Skarżącego co do części C, która - zgodnie z wydanymi wcześniej wyrokami - jest prawidłowa. Zaskarżony wyrok KIO legalizuje jednak sytuację, w której pomimo jednoznacznych, wydanych wcześniej w tym samym postępowaniu wyroków KIO Zamawiający udzieli Zamówienia wykonawcy, którego oferta powinna być odrzucona i odrzuci wykonawcę, który złożył ofertę uznaną przez KIO za prawidłową.

Skarżący wskazał też, że nowy zarzut postawiony ofercie Skarżącego w części B nie był podnoszony przez Zamawiającego na wcześniejszych etapach postępowania. Stawiając ten zarzut Zamawiający przedstawił zupełnie inną interpretację załącznika 2B, poz. 1, pkt 54 SIWZ niż prezentowana dotychczas. Zdaniem Skarżącego Zamawiający wyszukał jeszcze ten nowy zarzut, aby - traktując prowadzone przez siebie postępowanie w sposób całkowicie instrumentalny, na co wskazują działania Zamawiającego w tym postępowaniu - doprowadzić do odrzucenia oferty Skarżącego. Zarzut ten jest bowiem całkowicie bezzasadny i nie znajduje oparcia w treści SIWZ. Zamawiający określił bowiem swoje wymaganie w tym zakresie w sposób następujący: „Kompletna linia do wziewnej podaży leków (wszystkie elementy jednorazowe po 10 sztuk) 1 komplet dla każdego respiratora”. Biorąc pod uwagę literalne brzmienie oraz sens tego zapisu należy przyjąć, że Zamawiający oczekiwał zaoferowania kompletnej linii do wziewnej podaży leków 1 komplet do każdego respiratora, uszczegóławiając przy tym w nawiasie, że jeżeli w zaoferowanym rozwiązaniu technicznym

linii do podaży leków występują elementy jednorazowe, należy dołączyć po 10 sztuk wszystkich tych elementów. W ofercie skarżącego nie znalazły się natomiast żadne elementy jednorazowe (wszystkie są wielokrotnego użytku, co jest rozwiązaniem standardowym), w związku z czym Skarżący nie musiał oferować tych elementów. Gdyby natomiast Zamawiający chciał zakupić linię do podaży leków z elementami jednorazowymi, zapis SIWZ powinien brzmieć np. w następujący sposób: „Kompletna linia do wziewnej podaży leków 1 komplet do każdego respiratora z zastosowaniem elementów jednorazowych („wszystkie elementy jednorazowe po 10 szt do każdej linii”). Byłby to jednak zapis preferujący konkretne rozwiązanie techniczne, a nie opisujący cechę funkcjonalną urządzenia, a więc niezgodny z przepisami PZP w zakresie opisu przedmiotu zamówienia. Krajowa Izba Odwoławcza dokonała jednak błędnej analizy SIWZ, ustalając, że w tym zakresie oferta Skarżącego jest niezgodna z treścią SIWZ. Krajowa Izba Odwoławcza bezzasadnie stanęła przy tym na stanowisku, że w przypadku wątpliwości Skarżący mógł zwrócić w się do Zamawiającego o wyjaśnienie SIWZ. Bezzasadnie, ponieważ Skarżący - w związku z tym, że elementy oferowanego urządzenia mogą być równie dobrze jednorazowe, jak i wielokrotnego użytku, co w żaden sposób nie wpływa na ich funkcjonalność - przyjął, że Zamawiający dopuścił oba rozwiązania technologiczne, co z resztą uzasadnione jest przepisami ustawy. Skarżący wskazał, że nie kwestionuje prawa Zamawiającego do określenia przedmiotu zamówienia w sposób uwzględniający jego potrzeby oraz chroniący jego zobiektywizowany interes, ale podnosi, że Zamawiający właśnie to uczynił, formułując swoje oczekiwania w sposób dopuszczający oba rozwiązania technologiczne, z których żadne nie wpływa negatywnie na funkcjonalność oferowanego urządzenia. Skarżący uczynił zadość tym oczekiwaniom, składając ofertę zgodną z treścią SIWZ, czego Zamawiający na wcześniejszym etapie postępowania nie kwestionował, a uczynił to dopiero wtedy, kiedy okazało się, że - zgodnie z zapadłymi wyrokami KIO - poprzednie zarzuty stawiane ofercie Skarżącego są niezasadne i oferta ta powinna zostać uznana za prawidłową. Skarżący podnosi również, że KIO dopuściła do postępowania odwoławczego wykonawcę Promed S.A., pomimo nie wykazania przez tego wykonawcę skutecznego przystąpienia do postępowania protestacyjnego.

W odpowiedzi na skargę działający jako przeciwnik skargi wykonawca Promed spółka akcyjna domagał się jej oddalenia i utrzymania w mocy zaskarżonego wyroku KIO.

W uzasadnieniu odpowiedzi na skargę Promed spółka akcyjna wskazywała, że zaprzecza twierdzeniom Skarżącego zawartym w skardze i twierdzi, iż brak jest podstaw do kwestionowania orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej. Co do stawianych zarzutów w stosunku do orzeczenia KIO w zakresie naruszenia art. 190 ust. 2 ustawy wskazał Promed, że Zamawiający dokonując czynności ponownej oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej wykonał obydwa orzeczenia przywoływane w treści odwołania w sposób właściwy i zgodnie z przywoływanym wyrokiem KIO z dnia 14 lutego 2008 r. sygn. akt. KIO/UZP 59/08, w którym Izba w sentencji orzeczenia stwierdza, iż „uwzględnia odwołanie, unieważnia czynność zamawiającego polegającą na wykluczeniu firmy Draeger Polska Sp z o.o. i odrzuceniu jej oferty i nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert”.

Wskazał Promed, że z sentencji wyroku nie wynika, iż Zamawiający jest zobowiązany do odrzucenia jakiegokolwiek oferty. Obowiązki Zamawiającego przy rozstrzyganiu sprawy w zakresie wykonania orzeczenia wynikają z treści sentencji, a nie uzasadnienia. Takie stanowisko prezentuje między innymi Sąd Okręgowy w Łodzi w orzeczeniu z dnia 20 lutego 2007 r. (sygn. akt. X Ga 73/07) oraz ten sam Sąd w postanowieniu z dnia 30 maja 2007 r. (sygn. akt. X Ga 146/07). Oba orzeczenia zostały oparte o treść przepisów art. 191 i art. 192 ustawy *Prawo zamówień publicznych*, z których wynika, że „decydującym w zakresie rozstrzygnięcia Zespołu Arbitrów jest sentencja wyroku, a nie jego uzasadnienie, a art. 196 ust. 1 tego prawa nakazuje wskazać zaskarżone orzeczenie, a nie uzasadnienie wyroku KIO”. Wskazał uczestnik, że w jego ocenie podnoszenie i wielokrotne podkreślanie w treści skargi wadliwego wykonania orzeczeń KIO z dnia 14.02.2008 r. oraz z dnia 16.05.2008 r. (który notabene w ogóle nie dotyczył kwestii merytorycznych złożonych ofert a jedynie beczynności Zamawiającego w zakresie wykonywania poprzedniego wyroku) jest bezzasadne. Nieprawdą jest bowiem, że Zamawiający miał w szczególności obowiązek odrzucenia oferty firmy PROMED S.A., tym bardziej, że w zakresie treści zawartej na stronie 14 wyroku z dnia 14.02.2008 r., którą przywołuje Odwołujący błędnie ustalono stan faktyczny, co zostało już podniesione we wcześniejszej Skardze do Sądu Okręgowego.

Wskazał uczestnik, że w tym zakresie orzeczenie zaskarżył zarówno Przystępujący jak i Zamawiający, co oznacza, że ostateczne merytoryczne rozstrzygnięcie sprawy będzie miało wyraz w wyroku Sądu Okręgowego. Takie stanowisko wynika z Wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 13.06.2006 r. sygn. akt SK 54/04, w którym Trybunał stwierdza: „Postępowanie, które toczy się przed zespołem arbitrów z założenia jest podmiotem występującym w charakterze niezależnego arbitra, działającym na podstawie prawa, rozstrzygającym wyrokami spor między stronami tego postępowania. Natomiast postępowanie, które toczy się przed Sądem Okręgowym w wyniku skargi wniesionej na wyrok zespołu arbitrów, jest postępowaniem rozstrzygającym spór w drugiej instancji, jest środkiem odwoławczym od merytorycznego rozstrzygnięcia zespołu arbitrów, realizującym prawo do zaskarżania wyroku wynikające z art. 78 Konstytucji”. Dalej TK stwierdza, że „Sąd Okręgowy spełnia zarówno funkcję drugiej instancji, jak i funkcję kontrolną wobec wyroku zespołu arbitrów. Postępowanie przed Sądem Okręgowym nie jest więc samoistnie rozpoczynającym się postępowaniem, lecz przedłużeniem postępowania dotyczącego rozstrzygnięcia sporu, które toczyło się przed zespołem arbitrów”.

Zdaniem Promed S.A. nie jest też prawdą, co tym samym nie potwierdza jakiegokolwiek wadliwości wydanego orzeczenia w kontekście art. 188 ust. 7 ustawy, jakoby Zamawiający dokonując ponownej oceny ofert nie miał możliwości odrzucenia oferty Drager Polska spółka z o.o. Zamawiający bowiem dokonując ponownej oceny ofert bierze pod uwagę treść złożonej oferty w zakresie przedmiotu zamówienia, a w szczególności zgodności treści oferty z wymogami SIWZ w zakresie parametrów technicznych. Tym samym brak jest jakiegokolwiek zarzutów co do ustaleń poczynionych przez Krajową Izbę Odwoławczą, w odniesieniu do „powagi rzeczy osądzonej” i uznania braku możliwości podnoszenia tych samych zarzutów w kolejnym odwołaniu, w szczególności w zaistniałym stanie faktycznym, w którym to na skutek skargi o orzeczenia z dnia 14.02.2008 r. Sąd wydał postanowienie o powołaniu biegłego w zakresie merytorycznego rozstrzygnięcia podnoszonych kwestii.

Podkreślił uczestnik, że Krajowa Izba Odwoławcza potwierdziła sprzeczność treści oferty Skarżącego z wymogami SIWZ w zakresie Załącznika nr 2 B / poz. 1 poz. 54. Zamawiający bowiem wymogi w tym zakresie sformułował jednoznacznie: „Kompletna linia do wewnętrznej podaży leków (wszystkie elementy jednorazowe po 10 szt.) 1 kpi do każdego respiratora”. Firma Drager w ofercie oferuje: „TAK. Kompletna linia do wewnętrznej podaży leków 1 kpi do każdego respiratora. Wszystkie elementy wielokrotnego użytku.” W treści protestu z dnia 5.06.2008 r. Odwołujący potwierdza złożenie oferty sprzecznej z wymogami SIWZ, zaś w przedmiotowej skardze podaje własną interpretację postanowień SIWZ. Podnieść należy i zgodzić się w tym miejscu z Krajową Izbą Odwoławczą że mając wątpliwości co do postanowień SIWZ, Skarżący winien wyjaśnić je w trybie art. 38 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Jednocześnie wskazał Promed, że w jego ocenie bezzasadne i bezcelowe jest wielokrotne powtarzanie braku wykonania poprzednich wyroków KIO w zakresie odrzucenia oferty firmy PROIMED S.A., brak jest bowiem jakiegokolwiek podstaw do takiego działania w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy z uwagi na brzmienie załącznika 2B poz. 4 pkt. 3.1 - 3.4, z uwagi na brzmienie wyroku KIO z dnia 14.02.2008 r. oraz wyroku KIO z dnia 16.05.2008 r., gdyż Zgodnie z tym przepisem ofertę odrzuca się, jeżeli jej treść nie odpowiada treści SIWZ. W doktrynie podkreśla się, że oferta nieodpowiadająca treści SIWZ to taka, która jest sporządzona odmiennie, niż określają to postanowienia SIWZ. Odmienność ta powinna przejawiać się przede wszystkim w zakresie proponowanego przedmiotu zamówienia. Należy wskazać, że treść oferty została sporządzona zgodnie z treścią SIWZ, bowiem Zamawiający w zakresie tych punktów nie żądał opisu oferowanych parametrów, a jedynie potwierdzenia spełniania parametrów granicznych. Zatem brak jest podstaw do stwierdzenia odrzucenia oferty w oparciu o przepis art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy. Tym bardziej, że obie firmy tj. Odwołujący i Przystępujący zaoferowały to samo urządzenie.

Skoro Odwołujący - wywodząc z wyroku KIO stwierdza, że Izba nakazała odrzucenie oferty Promed S.A. z powodu braku opisanego, jakimi cechami charakteryzuje się oferowany parametr, to należy stwierdzić, że z uwagi na brzmienie art. 26 ust. 3 w związku z brzmieniem art. 25 ust. 1 pkt. 2) ustawy oraz brzmieniem § 3 ust. 1 pkt. 1) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane w zakresie

„opisów” brak jest podstaw do zastosowania art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy. Brak jest również podstaw co do odrzucenia oferty w zakresie załącznika 2C poz. 2. KIO bowiem w tym zakresie wskazała na wyjaśnienie tych kwestii w obliczu oświadczeń złożonych w ofercie. Wskazał Promed, że w związku z tym, że przedmiotowe postępowanie toczy się już od listopada zeszłego roku kwestia ta wielokrotnie była wyjaśniana zarówno na rozprawie jak i w treści wszystkich pism przesyłanych do Zamawiającego, włącznie z treścią Skargi do Sądu

Okręgowego we Wrocławiu. Zdaniem uczestnika Zamawiającego w zakresie dokonania wyboru oferty firmy Promed S.A. jako najkorzystniejszej jest zgodna z przepisami prawa. Bezasadna jest również skarga w odniesieniu do zarzutów dopuszczenia do postępowania odwoławczego firmy Promed S.A. z uwagi na brak przedstawienia dowodu wniesienia przystąpienia do Zamawiającego. Należy bowiem wskazać, że protest został wniesiony w dniu 05.06.2008 r., w tym samym dniu Zamawiający wezwał PROMED S.A. do przyłączenia się do postępowania protestacyjnego. PROMED S.A. przystąpiła w dniu 9.06.2008 r. (poniedziałek) przesyłając jednocześnie kopię przystąpienia do Skarżącego. Zatem wszystkie terminy określone w art. 181 ust. 4 ustawy zostały zachowane.

W piśmie procesowym z dnia 28 sierpnia 2008 r. Zamawiający Akademia Medyczna domagał się umorzenia postępowania bowiem w dniu 4 lipca 2008 r. zawarto umowę, która została już wykonana. Tym samym prowadzenie postępowania ze skargi na orzeczenie KIO w tym stanie faktycznym jest bezprzedmiotowe. Z ostrożności procesowej wnosił Zamawiający o połączenie sprawy (prowadzonej pod sygnaturą X Ga 239/08) ze sprawą X Ga 22/08 pod którą to sygnaturą prowadzone jest postępowanie dotyczące wcześniejszych wyroków KIO, w której dopuszczono dowód z opinii biegłego.

Z kolei uczestnik Promed S.A. w kolejnym piśmie procesowym z dnia 11 września 2008 r. domagał się odrzucenia skargi w zakresie zarzutów dotyczących oferty Drager w części B:

- zał. 2 B poz. 1 pkt. 23 - respiratora do leczenia ostrej niewydolności oddechowej,
- zał. 2 B poz. 3 pkt. 9 - respiratora do wentylacji nieinwazyjnej,
- zał. 2 B poz. 3 pkt. 20 i 21 - respiratora do wentylacji nieinwazyjnej,

oraz dotyczących części C:

- zał. 2 C poz. 1 pkt. 29 - aparatów do znieczulenia z monitorowaniem do sal zabiegowych,
- zał. 2 C poz. 2 pkt. 35 - stanowiska do znieczulenia wysokiej klasy,
- zał. 2 C poz. 2 pkt. 54 (55) - stanowiska do znieczulenia wysokiej klasy.

Tego samego domagał się uczestnik w stosunku do zarzutów dotyczących oferty Promed S.A. w zakresie załącznika 2 B, poz. 4 pkt 3.1- 3.4.

Stanowisko swe motywował uczestnik tym, że Skarżący powołuje się na te same okoliczności faktyczne, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez KIO w wyroku z 14 lutego 2008 r.

Domagał się także uczestnik oddalenia skargi w zakresie zarzutu dotyczącego oferty Drager w zakresie załącznika nr 2 B/ poz. 1 pkt. 54) co do niespełnienia wymogów postawionych w SIWZ bowiem zostało przyznane przez skarżącego, iż postawiony warunek

nie został spełniony co Skarżący przyznał w proteście z 5 czerwca 2008 r. wskazując, że jego rozwiązanie nie zawiera elementów jednorazowych.

Na rozprawie w dniu 12 września 2008 r. sprawa X Ga 239/08 została połączona ze sprawą X Ga 22/08 z czym zgodziły się wszystkie strony. Zamawiający jednak w pierwszej kolejności podnosił konieczność umorzenia postępowania.

W tym stanie sprawy sporządzona została opinia biegłego, wykonana przez Prof. dr hab. n. med. Krzysztofa Kusza - Krajowego Konsultanta w Dziedzinie Anestezjologii i Intensywnej Terapii. Biegłemu postawiono pytania:

1/ czy oferta firmy Drager dotycząca urządzeń określonych w pakiecie B tj. respiratora do leczenia ostrej niewydolności oddechowej i respiratora do wentylacji nieinwazyjnej oraz w pakiecie C to jest stanowiska do znieczulania wysokiej klasy i aparatury do znieczulania z monitorowaniem do sal zabiegowych spełnia czy nie spełnia wymagania określone w SIWZ,
2/ czy wymagania określone w SIWZ spełniają urządzenia więcej niż jednego producenta.

Przesyłając zlecenie biegłemu skonkretyzował Sąd Okręgowy stawiane pytania w następujący sposób:

I. czy oferta firmy Drager dotycząca urządzeń określonych w pakiecie B tj. respiratora do leczenia ostrej niewydolności oddechowej i respiratora do wentylacji nieinwazyjnej oraz w pakiecie C to jest stanowiska do znieczulania wysokiej klasy i aparatury do znieczulania z monitorowaniem do sal zabiegowych spełnia czy nie spełnia wymagania określone w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Analiza ta odnosić powinna się w szczególności do:

1/ Respiratora do wentylacji nieinwazyjnej (Respirator model CARINA) i kwestii:

- czy aparat nie posiada możliwości wentylacji proporcjonalnej (w tym czy tryb pracy Auto-Flow SIMV, który jest wentylacją proporcjonalną czy też zupełnie innym trybem wspomagania oddychania pacjenta),
- czy aparat nie spełnia wymogów pełnej kompensacji ucieczki gazów i wymaga ustawienia

poziomu czułości wdechu pacjenta (a więc czy użyta technologia jest technologią „Auto-track” w której aparat dostosowuje się do sposobu oddychania pacjenta)

2/ Aparatu do znieczulania z monitorowaniem do sal zabiegowych (aparat model:

FABIUS Plus z monitorem Infinity Delta XL) i kwestii:

- czy aparat ten spełnia wymóg niskiej objętości oddechowej TV, który pojawi się przy braku osiągnięcia zadanej objętości pojedynczego oddechu pacjenta.

3/ Stanowiska do znieczulania wysokiej klasy - (aparat PRIMUS z kardiomonitorem Infinity Kappa) i kwestii czy aparat ten odpowiada warunkom stanowiska do znieczulania wysokiej klasy.

II. Czy wymagania wymienione w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia spełnia większa liczba urządzeń czy też urządzenia tylko jednego producenta.

Odpowiedź na tak postawione pytania rozpoczął biegły od rozważań dotyczących pytania nr 3 w związku ze stanowiskiem znieczulania wysokiej klasy (aparat Primus z kardiomonitorem Infinity Kappa) i kwestii czy aparat ten odpowiada warunkom stanowiska do znieczulania wysokiej klasy. Wskazał biegły, że stanowisko znieczulania wysokiej klasy oznacza li tylko oczekiwania zamawiającego co do poziomu technologicznego oferowanego sprzętu oraz, że wyposażenie tego stanowiska, a więc jego serce, aparat do znieczulania powinien spełniać kryteria wyższe niż te które wynikają ze standardu opisanego w

Rozporządzeniu Ministra Zdrowia z dnia 27 lutego 1998 roku, a następnie w nowelizowanym

Rozporządzeniu Ministra Zdrowia z dnia 10 listopada 2006 r. w sprawie wymagań jakim

powinny odpowiadać pod względem fachowym i sanitarnym pomieszczenia i urządzenia

zakładów opieki zdrowotnej. Z treści tego dokumentu wynika zatem, **jakie minimalne warunki** musi spełnić stanowisko znieczulenia aby w ogóle zachodziła możliwość wykonania na tym stanowisku znieczulenia. Standard ten wprowadzony dokumentem prawnym miał za zadanie egzekwowanie minimalnych warunków bezpieczeństwa na stanowisku znieczulenia, a z drugiej strony będąc aktem prawnym zmuszał dyrekcje szpitali oraz ordynatorów oddziałów do posiadania niezbędnego, gwarantującego choremu bezpieczeństwo przeżycia

sprzętu. Do dnia dzisiejszego część stanowisk znieczulenia w Polsce nie spełnia tego warunku, wymiar tego problemu jednak szybko maleje.

Nie istnieje zatem w ocenie biegłego, żadna definicja czy też standard, który opisywałby hasło „stanowisko znieczulenia wysokiej klasy”, gdyż w związku z powyższym można by spodziewać się w dalszej kolejności w zależności od wymagań zamawiających sprzęt pojęcia stanowiska znieczulenia „bardzo wysokiej klasy”, a idąc dalej „najwyższej klasy”, nie wspominając już o „klasie podstawowej” czy też „średniej”. W przypadku zamawiającego (AM Wrocław), aparaty do znieczulenia wyróżnione w specyfikacji jako „wysokiej klasy” należy wziąć pod uwagę kilka kwestii.

Po pierwsze **urządzenia zostały zamówione do struktury szpitala uniwersyteckiego świadczącego usługi ponad standardowe, w niestandardowych jak dla przeciętnego szpitala dyscyplinach medycznych, w tym także lub szczególnie kardiologii.** Dodatkowo ten rodzaj szpitali (uniwersyteckich) jest obciążony obowiązkiem leczenia jak i przyjmowania najczęściej chorych, z tytułu tzw. referencyjności i w związku z powyższym musi być przygotowany do bezpiecznego udzielania świadczeń medycznych wychodzących daleko poza treść rozporządzenia Ministra Zdrowia. Równocześnie to zamawiający wie najlepiej, jakiego rodzaju świadczeń będzie udzielał i w jak skomplikowanym i obciążonym wysokim ryzykiem rodzaju świadczeń chirurgicznych będzie kooperował poprzez znieczulenie chorych do wykonywanych przez te kliniki, czy oddziały zabiegach operacyjnych. Stanowisko znieczulenia nie powstaje zatem samo dla siebie, lecz musi spełnić określone kryteria związane ze specyfiką wykonywanych w danym szpitalu zabiegów operacyjnych, czy też diagnostycznych. Każdy, zatem zamawiający sam buduje poprzez warunki specyfikacji (SIWZ) stanowisko znieczulenia, które spełni oczekiwania związane z zakresem zabiegów kardiologicznych, lub neurochirurgicznych, czy też w chirurgii naczyniowej i innych. W przypadku zabiegów kardiologicznych aparat do znieczulenia poza nierozłącznymi funkcjami związanymi ze znieczuleniem musi być bogato wyposażony w systemy monitorowania dynamikę układu krążenia, w przypadku neurochirurgii monitorowanie to będzie skupiało się poza dynamiką układu krążenia na monitorowaniu czynności ośrodkowego układu nerwowego. Zdaniem biegłego nie ma i jeszcze długo nie będzie definicji, która przejrzysto określałaby parametry techniczne i medyczne sprzętu dla stanowiska znieczulenia wysokiej klasy. Zamawiający określił zatem, w tym zakresie treść swojej specyfikacji, jako taką, która w rzeczywistości wymaga od oferenta przedstawienia kompleksowo rozwiązania, które **zamawiający nazwał także umownie jako „anesthesia Workstation”.** Pojęcie to jest powszechnie używane poprzez firmy sprzedające aparaty do znieczulenia i wywodzi się z literatury anglosaskiej, która starała się opisać stanowisko znieczulenia (to nic innego jak właśnie *anesthesia Workstation*) w taki sposób, aby rozwiązania dotyczące aparatów do znieczulenia oraz systemu monitorowania chorych, jak również wewnętrznych i zewnętrznych systemów zabezpieczeń (często pod postacią alarmów) miały charakter uniwersalny. Anesthesia Workstation w USA rozumiane przez Amerykańskie Stowarzyszenie Anestezjologów (ASA), jest jako stanowisko znieczulenia, co do którego obowiązują określone przepisy związane z możliwością wykonywania na nim znieczuleń lekarzy, którzy do danego stanowiska otrzymali tzw. dopuszczenie, poprzez umiejętność obsługi znajdującego się na tym stanowisku sprzętu oraz dokonania czynności sprawdzających związanych umiejętnością realizacji z tzw. check list. Wskazał biegły, że jeśli przyrzeć się zagadnieniu dokładniej okazuje się, że system wewnętrznej kontroli narzucony przez ASA wynikał z różnorodności aparatów do znieczulenia stosowanych w USA i błędów medycznych, które pojawiały się w obliczu spotkania się z różną technologią w tym samym szpitalu na różnych stanowiskach znieczulenia. Z samej treści dokumentu ASA wynika, że przed przystąpieniem do znieczulenia należy podać następujące dane:

Anesthesia Workstation Manufacturer

Anesthesia Workstation Model

Z tego w ocenie biegłego można wysnuć prosty wniosek, że różne modele aparatów do znieczulenia spełniają kryteria nazwy własnej *anesthesia Workstation*, zaś w języku polskim pojęcie to zostało zinterpretowane jako **stanowisko znieczulenia wysokiej klasy - anesthesia Workstation.** Zamawiający sam więc zatem określił poprzez SIWZ, co w jego

rozumieniu jest tymże kryterium, z drugiej jednak strony jasno należy określić, że zamawiający także nie jest arbitrem, który jednym aparatom przyznaje miano spełniających takie kryteria a innym nie, szczególnie w tych przypadkach w których w SIWZ nie do końca potrafił określić co jest tym kluczowym warunkiem spełnienia jego oczekiwań. Przedstawił biegły Sądowi listę producentów, którzy twierdzą, że ich aparaty do znieczulenia, systemy monitorowania z nimi współpracujące, systemy baz danych oraz sprawozdawczości ze stanowiska znieczulenia spełniają kryteria określone jako „Anesthesia Workstation”, na której Jego zdaniem znajdują się przykładowo:

Aparat do znieczulenia Aeon 7500 A (China)

Aespire 100 GE Health Care

Kion Anesthesia Maschine - Siemens

Vender Schmidt Scientific Tiawan

Ohmeda Avance Anesthesia Workstation GE Health Care

Draeger Fabius Germany

Draeger Primus Germany

Draeger Zeus Germany

Omniceil anesthesia Workstation

NSP Hospitech Anesthesia Workstation India.

Zdaniem biegłego na jej podstawie wielu producentów nadaje swoim produktom znamiona urządzeń wysokiej klasy poprzez właśnie nazwanie ich takimi. Nowoczesny sposób myślenia o stanowisku znieczulenia wysokiej klasy, rozumianego jako *anesthesia Workstation*, zmierza jednak w innym kierunku, gdyż skupia się ono na połączeniu wielu technologii w jedną użyteczną dla komunikowania się aparatu do znieczulenia z anesteziologiem, nadzorującym go systemem centralnym, apteką szpitalną, systemem nadzoru zdarzeń krytycznych poprzez wbudowane systemy komunikacji bus/LAN, jak również poprzez protokoły sprawozdawcze przedstawiane centralnie na koniec znieczulenia. *Anesthesia Workstation* ma zapewnić możliwość rozpoznawania i nagrywania głosów podczas znieczulenia i operacji, jak również nagrywania w formie cyfrowej procedur medycznych, rozpoznawania anesteziologa poprzez hologram lub odcisk palca i uruchamianiu urządzenia dopiero po jego zaakceptowaniu. Wszystko to ma służyć zwiększonemu bezpieczeństwu chorych oraz być przydatnym w postępowaniu dowodowym podczas roszczeń związanych z błędami medycznymi. Współcześnie interesuje anesteziologów to czy aparat do znieczulenia ma wewnętrzne systemy zabezpieczeń pozwalające na dopływ świeżych gazów do układu w objętości mniejszej od 0,5 L/min, czy spełnia unijne kryteria, co parametrów szczelności układu oddechowego, czy pobierając próbkowane gazy z układu oddechowego oddaje je z powrotem do tegoż układu, czy potrafi uruchomić się bez testowania w sytuacji stanu zagrożenia życia, czy też musi on przejść test wewnętrzny, który często trwa dłużej niż jedną minutę, czy aparat posiada niezbędne funkcje alarmów oraz w jaki sposób monitoruje i przedstawia wyniki monitorowania procesu wentylacji (wyświetla), czy aparat posiada respirator, który zapewnia choremu znajdującym się w stanie krytycznym, między innymi z powodu patologii płucnej, a muszą być oni operowani, taki respirator i taki rodzaj trybów wentylacji, które pozwolą na bezpieczne śródoperacyjne prowadzenie oddechu mechanicznego oraz czy współpracuje z systemem monitorowania parametrów życiowych w sposób skoordynowany, czy też całkowicie niezależny od tego systemu monitorowania. Z punktu widzenia biegłego są to kluczowe pytania, na które podanie odpowiedzi pozytywnej po ich uszczegółowieniu w specyfikacji, kwalifikuje produkt do zakupu. Zdaniem biegłego, w większości przypadków zamawiający w ten sposób swoje oczekiwania opisał, zwrócił on jednak uwagę, że nie może do końca znać faktycznych oczekiwań zamawiającego, co do stanowiska znieczulenia wysokiej klasy. Uwagi te poczynił biegły celem wyjaśnienia Sądowi sposobów myślenia na temat filozofii *anesthesia Workstation*.

Przechodząc do odpowiedzi na szczegółowe pytania wskazał biegły, że aparat Primus jako taki spełnia kryteria urządzenia, które mogłoby znajdować się na stanowisku wysokiej klasy, jeśli tylko spełnia kryteria SIWZ. Zdaniem biegłego w przypadku analizowanym aparat Primus nie spełnił kryterium alarmu niskiej objętości TV, który to alarm wskazał

zamawiający, przy czym oferujący potwierdził istnienie takiego alarmu w aparacie, co według wiedzy biegłego nie ma miejsca, gdyż sam jest użytkownikiem takiego aparatu do znieczulenia. Wskazał jednak biegły, że nie posiada jednak wiedzy na temat oprogramowania jakie zamierzał wgrać do urządzenia Primus sprzedający i być może potrafiłby on tego rodzaju alarm zademonstrować. Alarm niskiej objętości TV nie jest alarmem niskiej wentylacji minutowej MV, co nie oznacza, że aparat Primus nie jest aparatem wysokiej klasy.

Aparat Primus nie jest aparatem wysokiej klasy, zdaniem biegłego, w aspekcie utworzonej przez zamawiającego SIWZ i tak rozumianego przez zamawiającego, również na jego potrzeby pojęcia *anesthesia Workstation*. Kontynuując można zatem, stwierdzić w ocenie biegłego, że aparat do znieczulenia Primus nie spełnił oczekiwań zamawiającego z tytułu wyjątkowej specyfiki procesu leczniczego, który przewiduje zamawiający w nowo otwieranych salach operacyjnych.

W odpowiedzi na pytanie nr 2 czy aparat model Fabius Plus z monitorem Infinity Delta XL spełnia wymóg niskiej objętości oddechowej TV, który pojawi się przy braku osiągnięcia zadanej objętości pojedynczego oddechu pacjenta, stwierdził biegły że aparat Fabius plus nie spełnia wymogu alarmu niskiej objętości TV, który pojawi się przy braku osiągnięcia zadanej objętości pojedynczego oddechu.

W odpowiedzi na pytanie nr 1 Respirator do wentylacji nieinwazyjnej (Respirator Carina) i kwestii:

- czy aparat nie posiada możliwości wentylacji proporcjonalnej (w tym czy tryb pracy Auto-Flow SIMV, który jest wentylacją proporcjonalną czy też zupełnie innym trybem wspomagania oddychania pacjenta),
- czy aparat nie spełnia wymogów pełnej kompensacji ucieczki gazów i wymaga ustawienia poziomu czułości wdechu pacjenta (a więc czy użyta technologia jest technologią Auto-track w której aparat dostosowuje się do sposobu oddychania pacjenta),

Stwierdził biegły na w ten sposób zadane pytanie co następuje:

Respirator model Carina nie posiada możliwości wentylacji proporcjonalnej, w tym tryb wentylacji Auto-Flow SIMV nie spełnia patofizjologicznych kryteriów wynikających z trybu wentylacji proporcjonalnej (PAV) i jest zupełnie innym trybem wentylacji, a więc nie można przy jego zastosowaniu osiągnąć celów jakie podczas terapii wentylacyjnej gwarantuje tryb wentylacji proporcjonalnej.

Technologia użyta w Respiratorze Carina nie jest technologią Auto-track w której aparat dostosowuje się do sposobu wentylacji oddychania pacjenta, gdyż technologia Auto-track jest właściwa tylko dla urządzenia produkowanego przez firmę Respirationics, zatem nie może zaistnieć w respiratorze Carina firmy Draeger. Równocześnie chciałbym dodać, że nie ma urządzenia, które gwarantuje pełną kompensację przecieku podczas wentylacji nieinwazyjnej, natomiast system Auto-track dokonuje takiej kompensacji po analizie dokonanej już fazy wdechu i wydechu, w stosunku do następnej pojawiającej się fazy oddechowej, a więc nie w czasie, który nazywamy rzeczywistym.

W tym stanie rzeczy, wobec tego, że powołany biegły nie zna osobiście niektórych oferowanych urządzeń, a więc nie stosował ich w praktyce klinicznej, uważał za celowe zwrócenie się przez Sąd do oferentów o dostarczenie biegłemu urządzeń wymienianych w załącznikach B i C w zakresie aparatów do znieczulenia oraz respiratorów dokładnie w takiej postaci w jakiej oferowali je zamawiającemu. Biegły posiada w ramach Katedry i Kliniki Anestezjologii i Intensywnej Terapii CM UMK Zakład Fizjopatologii Oddychania i

Wentylacji Domowej z grupą specjalistów, która posiada największe doświadczenie w Polsce w zakresie wentylacji domowej (obsługuje cały obszar Polski), jak również leczenia chorych z ostrą niewydolnością oddechową przy zastosowaniu wentylacji mechanicznej. W związku z tym biegły wnioskował do Sądu o umożliwienie przeprowadzenia testów urządzeń w zakresie szczegółowym tak jak to przewiduje SIWZ.

Przedstawił również biegły szczegółową opinię dotyczącą załączników do SIWZ w części B i w części C, która jest częścią odpowiedzi, udzielanej przez niego równocześnie z wydawaną dla Sądu opinią, dla Urzędu Zamówień Publicznych:

Cześć B Poz.1

Lp.16 Obydwa podmioty oferujące sprzęt spełniają kryteria specyfikacji

Lp.17 Obydwa podmioty oferujące sprzęt spełniają kryteria specyfikacji

Lp.19 Obydwa podmioty oferujące sprzęt spełniają kryteria specyfikacji

Lp.21 Obydwa podmioty oferujące sprzęt spełniają kryteria specyfikacji

Lp.23 Pozycja ta jest niejednoznacznie określona, chociaż wynika z niej, że zamawiający oczekuje triggera przepływowego i określa jego parametry techniczne oraz oczekuje obecności triggera ciśnieniowego bez określenia jego parametrów technicznych. Oferujący Firma Promed określiła zakres parametrów technicznych (parametry wzbudzania oddechu) dla triggera ciśnieniowego. Firma Draeger potwierdziła obecność w oferowanym urządzeniu powyższego triggera (ciśnieniowego), co wobec wiedzy biegłego podczas użytkowania tego sprzętu nie ma miejsca (trigger ciśnieniowy jest nieobecny).

Lp. 39 Obydwa podmioty oferujące spełniają warunki specyfikacji, jednak konieczne jest zdaniem biegłego precyzyjniejsze zadanie pytania.

Poz. 2

Obydwa podmioty oferują respiratory transportowe, zgodnie z potrzebami zamawiającego wynikającymi z SIWZ i w ofercie określono ich nazwy i funkcje.

Poz. 3

Zamawiający określił tryb wentylacji jako wentylację proporcjonalną (nazwa oryginalna tego trybu wentylacji -Proportional assist ventilation -PAV) wraz z możliwością ustalenia przepływu wspomagania, objętości wspomagania w celu zmniejszenia oporu i podatności dróg oddechowych. Obydwa podmioty oferujące potwierdziły (TAK) obecność takiego trybu wentylacji w zaoferowanych respiratorach. Firma Promed szczegółowo opisuje parametry dla trybu PAV, natomiast firma Draeger jako PAV przedstawiła inny tryb wentylacji nie będący węg. definicji związanej z patofizjologią tego trybu wentylacji, wentylacją proporcjonalną bez względu na to jakie skróty literowe zostaną temu trybowi nadane, który jednak mógłby być zaakceptowany przy mato precyzyjnym, a więc dogłębnym opisie SIWZ.

Poz. 4

Obydwa podmioty spełniają warunki SIWZ dla trybu wentylacji oscylacyjnej (HFO). Firma Promed opisała szczegółowo parametry urządzenia przeznaczonego do wentylacji z wysoką częstotliwością (zamawiający określa z wysoką częstotliwością - częstota nie jest częstotliwością, którą mierzy się w Hz Częstotliwość określa liczbę cykli zjawiska okresowego występujących w jednostce czasu. W układzie SI jednostką częstotliwości jest herc (Hz). Częstotliwość 1 herca odpowiada występowaniu jednego zdarzenia (cyklu) w ciągu 1 sekundy. Najczęściej rozważa się częstotliwość w ruchu obrotowym, częstotliwość drgań, napięcia, fali, natomiast częstota mierzona jest w liczbie zjawisk przypadających w jednostce czasu np. częstota akcji

serca/min lub innej jednostce czasu nie będącej jednostką układu SI.

Firma Promed nie opisała szczegółowo parametrów urządzenia przeznaczonego do wentylacji z wysoką częstotliwością oddechów, natomiast spełnił warunki SIWZ poprzez potwierdzenie w oferowanym urządzeniu zakresów wymaganych częstotliwości drgań membrany (oscylacji), wartości ciśnienia bazowego, regulacji ciśnienia średniego, regulacji amplitudy oscylacji (drgań) oraz płynnej regulacji stężenia tlenu w mieszaninie oddechowej

Część C

w części C poz.2

lp.28 - tryb wentylacji PCV z zabezpieczeniem na wypadek bezdechu - w ofertach obie firmy odpowiedziały twierdząco-w SIWZ nie określono, jaki rodzaj zabezpieczenia miałby wchodzić w grę - alarmy?, wentylacja bezdechu z zadanymi parametrami?)

lp.31 -regulacja częstości oddechu minimum 4-80 / min - wentylacja objętościowa i ciśnieniowa -podać zakres - w ofertach obie firmy odpowiedziały twierdząco i oba oferowane aparaty wypełniały żądany zakres (Promed 4-100/min, Draeger 3-80/min)

lp.34 - regulowana płynnie lub skokowo pauza wdechowa w zakresie minimum 5-50% - w ofertach obie firmy odpowiedziały twierdząco

lp.35 - alarm niskiej objętości oddechowej - w ofertach obie firmy odpowiedziały twierdząco

lp.50 - stężenie wydechowe i wdechowe tlenu w gazach oddechowych - w ofertach obie firmy odpowiedziały twierdząco

lp.52 - automatyczna identyfikacja anestetyku wziewnego- w ofertach obie firmy odpowiedziały twierdząco

lp.53 - pomiary spirometryczne: obrazowanie I:E w monitorze pacjenta lub dowolnym urządzeniu kompatybilnym z aparatem i monitorem do znieczulenia - w ofertach obie firmy odpowiedziały twierdząco (Promed - w monitorze pacjenta zintegrowanym z aparatem do znieczulenia, Draeger -w kompatybilnych: monitorze pacjenta i aparacie do znieczulenia, Pomiary spirometryczne realizowane są przez moduł mechaniki oddechowej podłączony do oferowanego monitora pacjenta)

lp.54 - ekran kolorowy do prezentacji parametrów znieczulenia i krzywych o przekątnej minimum 12 cali, rozdzielczość 800x600 pikseli - w ofertach obie firmy odpowiedziały twierdząco

lp.55 - funkcja regulacji położenia ekranu w płaszczyźnie pionowej i poziomej - w ofertach obie firmy odpowiedziały twierdząco

lp.56 - prezentacja graficzna prężności CO₂ w strumieniu wdechowym i wdechowym - w ofertach obie firmy odpowiedziały twierdząco

lp.57- obrazowanie krzywej koncentracji anestetyku wziewnego - obie firmy odpowiedziały twierdząco

lp.59-prezentacja trendów parametrów mierzonych min. 12 godzin - w ofertach obie firmy odpowiedziały twierdząco

lp.62 - komunikacja z aparatem w j.polskim - w ofertach obie firmy odpowiedziały twierdząco

lp.82 - pomiary metaboliczne. Metoda podłączania do monitora modułu w postaci kostki - bez udziału serwisu. Oprogramowanie w j.polskim - w ofertach obie firmy odpowiedziały twierdząco

Spełnienie ww. parametrów - jak wynika z odpowiedzi udzielonych przez obu oferentów - jest możliwe przez oba oferowane produkty. Wobec powyższego - SIWZ nie preferuje żadnego z obu oferentów. Wymagane parametry techniczne urządzeń można uznać za uzasadnione klinicznie.

2. Czy urządzenia oferowane przez wykonawcę Draeger Polska Sp.z o.o. - zgodnie z formularzem oferty w załączeniu - spełniają wymagania, postawione przez zamawiającego w SIWZ, a w szczególności, czy spełnione są następujące parametry wymagane przez zamawiającego.

Opinia jest wydana na podstawie SIWZ zamawiającego i przedstawionej oferty firmy Draeger, z zastrzeżeniem braku dostępu do dokumentacji aparatu oraz braku wyjaśnień producenta, precyzującego ewent. wątpliwości, a także niemożności zapoznania się z oferowanym w przetargu urządzeniem z dodatkowym oferowanym wyposażeniem.

Aparat do znieczulenia z monitorowaniem do sal zabiegowych - Fabius Plus z monitorem Infinity Delta XL, produkcji Draeger Medical.

lp.29 - alarm niskiej objętości - wykonawca zaoferował: „Tak, aparat alarmuje przy wystąpieniu niskiej objętości oddechowej” - co zdaniem biegłego, jest odpowiedzią twierdzącą na warunek postawiony w SIWZ. Zamawiający nie precyzował w jaki sposób alarm niskiej objętości oddechowej ma być zrealizowany i po którym oddechu (pierwszym?) ma się ten alarm włączać, jednak zwrócił biegły uwagę, że prawdopodobnie intencją zamawiającego było uzyskanie aparatu w którym alarm objętości oddechowej dotyczy parametru TV (tidal volume-objętość oddechowa), a więc zamawiający oczekiwał aparatu z funkcją alarmu włączającą się po każdym nie zrealizowanym oddechu w zakresie zaprogramowanej jego objętości, a nie tylko po spadku wentylacji minutowej (MV). Stanowisko do znieczulenia wysokiej klasy - Primus z kardiomonitorem Infinity Kappa, produkcji Draeger Medical.

lp.35 - alarm niskiej objętości - uwagi jak dotyczące pkt. 29

lp.55 - respirator anestetyczny - prezentacja graficzna - funkcja regulacji położenia ekranu z parametrami wentylacji w płaszczyźnie pionowej i poziomej - wykonawca zaoferował: „Tak. Funkcja regulacji położenia ekranu z parametrami wentylacji w płaszczyźnie pionowej i poziomej” - czyli potwierdził, że dostarczony aparat będzie posiadał monitor anestetyczny - pokazujący parametry wentylacji o wymaganych właściwościach.

Ostatecznie wskazał biegły po analizie szczegółowych kwestii, że nie można stwierdzić, czy aparat Primus z kardiomonitorem Kappa można uznać za odpowiadający warunkom stanowiska znieczulenia wysokiej klasy (tak, jak nie można stwierdzić, że nie odpowiada takim warunkom), gdyż w dostępnym piśmiennictwie nie ma podziału definiującego klasy aparatów, czy też stanowisk do znieczulenia, co za tym idzie nie ma definicji czy specyfikacji dla stanowiska znieczulenia wysokiej klasy. Często określenia takie wywodzą się ze strony oferentów i nadaje im się specyficzne tylko kojarzone z daną firmą nazwy, co ma li tylko wyniar marketingowy, bez jakiegokolwiek wpływu na stan faktyczny tego co za wysoką klasę uznamy lub też nie. Określenie to również ma charakter umowny i sugeruje potencjalnym oferentom, że zamawiający spodziewa się w ofercie najbardziej

zaawansowanego technologicznie sprzętu medycznego, czego wyraz powinien dać w

szczegółowej specyfikacji. Z drugiej strony oczekiwania zamawiającego mogą być na tyle zaawansowane, że sporządzona przez niego specyfikacja jednoznacznie będzie wskazywała tylko jednego oferenta, który w zakresie omawianego zamówienia istotnie przewyższa technologią innych oferentów, co będzie skutkowało protestem związanym ze wskazaniem oferenta poprzez parametry techniczne sprzętu, którym on dysponuje. Zdarza się zatem, że specyfikacja zawiera kryteria, które spełniają oferenci (dwóch lub więcej), lecz granice parametrów technicznych dla jednych z oferujących sprzęt są krytycznie wysokimi i ostatecznymi zaś dla innego oferenta mieszczą się w jego minimalnych możliwościach oferowanego przez niego sprzętu. Określenie to odzwierciedla z pewnością intencję zamawiającego, chcącego posiadać u siebie najbardziej zaawansowane technologicznie urządzenie z podobnych, będących obecnie na rynku - co bezwzględnie uzasadnia profil oddziały i akademicki charakter jednostki.

Odpowiedź na pytanie, czy oferowane przez Draeger polska Sp.z o.o. urządzenia posiadają w rzeczywistości w/w parametry, wymagane przez zamawiającego, nie jest możliwa na podstawie tylko analizy odpowiedzi na pytania zawarte w SIWZ. Zdaniem

biegłego niezbędna jest ocena urządzeń oferowanych i ich porównanie w naturze, o co biegły występuje zarówno do Sądu jak i do Urzędu Zamówień Publicznych na którego zlecenie również realizuje opinię. Wiele urządzeń medycznych w tym również aparaty do znieczulenia występują w różnych konfiguracjach w zależności od wykorzystanego w nich oprogramowania, w związku z tym mogą zmieniać one swoje możliwości technologiczne i być rozbudowywane tak jak dla przykładu pamięć operacyjna komputera.

3. Czy urządzenia oferowane przez wykonawcę Promed S.A. - zgodnie z formularzem oferty w załączeniu - spełniają wymagania, postawione przez zamawiającego w SIWZ, a w szczególności, czy spełnione są następujące parametry wymagane przez zamawiającego.

Opinia została wydana na podstawie SIWZ zamawiającego i przedstawionej oferty firmy Promed, z zastrzeżeniem braku dostępu do dokumentacji aparatu oraz braku wyjaśnień producenta, precyzującego ewent. wątpliwości, a także niemożności zapoznania się z oferowanym urządzeniem. Wskazał biegły, że Zamawiający w SIWZ określił przedmiot zamówienia: jezdny aparat do znieczulenia wyposażony w specjalny uchwyt do zawieszania/mocowania aparatu, kompatybilny z uchwytem kolumny anestezyjologicznej, analizując powyższe - należy się zdaniem biegłego domyślać, że podstawowym sposobem posadowienia aparatu byłaby podstawa jezdna, natomiast możliwość powieszenia aparatu na kolumnie anestezyjologicznej miałaby być możliwa (choć niekoniecznie realizowana). W SIWZ nie ma słowa o tym, na jakich kolumnach aparat miałby być zamocowany - chociaż, ponieważ oferta dotyczy urządzeń przeznaczonych dla Oddziału Anestezyjologicznego i Chirurgii Serca w CKAM - należy się domyślać, że chodzi o kolumny zainstalowane w pomieszczeniach w/w oddziału.

Oferta firmy Promed dotyczy jezdnych aparatów do znieczulenia wyposażonych w specjalny uchwyt do zawieszania/mocowania aparatu, kompatybilny z uchwytem kolumny anestezyjologicznej przy czym zapisano uwagę: - ze względu na niską nośność netto zamocowanych kolumn - aparat wraz z monitorem i pełnym wyposażeniem musi być posadowiony na podstawie jezdnej na podłodze - być może ogranicza funkcjonalność aparatu, ale nie można uznać, że oferta nie spełnia wymagań zamawiającego - chyba, że zamawiający doprecyzuje inaczej.

Zdaniem biegłego wskazane jest zadanie pytania do biegłego posiadającego specjalistyczną wiedzę z zakresu wiedzy o sprzęcie medycznym wykorzystywanym w anestezyjologii i intensywnej terapii. Wskazał biegły Sądowi, że odnośnie pytań UZP:

1/ Ocena prawidłowości opisu przedmiotu zamówienia w SIWZ: - nie leży w kompetencjach biegłego, gdyż specyfikację określonych warunków zamówienia przygotowują w oparciu o akty prawne odpowiednio przygotowane zespoły ludzkie po pozyskaniu informacji co do wymagań jakie przed sprzętem medycznym stawiają jego użytkownicy. Specyfikowanie tych wymagań nie należy do specjalisty w danej dziedzinie medycyny, gdyż wymaga wiedzy technicznej, wiedzy z zakresu szczegółowego dotyczącej nowoczesnych technologii oraz kompatybilności zamawianego sprzętu z układem przestrzennym wyposażanych pomieszczeń leczniczych ich nośnością, kubaturą itd. Zwykle podczas czynności związanych z zamówieniem lekarz uczestniczy w przygotowywanej specyfikacji jako osoba oczekująca od zamawianego sprzętu odpowiedniego skutku leczniczego po jego zastosowaniu, a nie jest arbitrem w zakresie technologii medycznych, tak jak i nie jest arbitrem w przypadku organizowania linii produkcyjnych w celu wytwarzania antybiotyków. Lekarza interesuje spektrum działania antybiotyku jego skuteczność mechanizmy związane z eradykacją patogenów opornych na antybiotyki, a nie kolor tabletki, jej kształt i materiały użyte do jej wytworzenia. Takimi zagadnieniami interesują się odpowiednie instytucje i dopuszczają sprzęt lub leki do powszechnego użytku lub też nie np. FDA.

2/ Ocena zasadności wymaganych przez zamawiającego parametrów granicznych. Powołany biegły określił swoje wątpliwości w powyżej wymienionych przypadkach, takich jak alarm niskiej objętości oddechowej. W przypadku realizacji trybu wentylacji proporcjonalnej, nie istnieje aktualnie mechanizm dzięki któremu można by w czasie rzeczywistym spodziewać się kompensacji przecieku. Aparat podczas oddechu PAV dokonuje analizy związanej z właśnie dokonaną fazą wdechu i wydechu i przy jej następnym pojawieniu się kompensuje ją na podstawie powyższych wcześniej informacji. Kolejny wdech jego faza, czas inicjacji,

wysilek oddechowy może być już zupełnie innym wdechem niż ten inicjowany poprzednio. W trybie wentylacji PAV w tym w trybach wentylacji nieinwazyjnej kluczowe znaczenia mają dobór chorych (umiejętność zakwalifikowania chorego do danego trybu wentylacji, ocena jej skuteczności, dobór maski twarzowej, nosowej, hełmu itp. Doświadczenie personelu oraz jakie cele chcemy dzięki tej wentylacji osiągnąć. Zwykle prowadzenie wentylacji nieinwazyjnej w Oddziale Anestezjologii i Intensywnej Terapii powyżej 24 godzin bez poprawy parametrów fizjologicznych mija się z celem i jest to jasna informacja o tym, że ten sposób protezowania oddychania w przypadku danego chorego podjęto zbyt wcześnie zbyt późno albo w ogóle nie jest on w stanie go zaakceptować poprzez brak współpracy lub niewłaściwie dobrane analgetyki lub leki użyte w sedacji. Nie ma urządzeń, które samodzielnie rozwiązują problem wentylacji nieinwazyjnej, problem ten zawsze rozwiązuje lekarz specjalista wraz z określonym chorym poprzez zastosowanie wybranego urządzenia medycznego.

3/ Ocena zgodności złożonych ofert z opisem przedmiotu zamówienia zawartym w SIWZ. Uznać należy, że w tej części zamówienia oferty były zgodne z treścią zamówienia publicznego, chociaż zamawiający w określeniu „Stanowisko do znieczulenia wysokiej klasy - 16 sztuk etc” miał na myśli technologie najbardziej rozwinięte. W rzeczywistości specyfikacja została opisana w taki sposób, że aparat do znieczulenia bardziej zaawansowany technologicznie, a więc oferta firmy Promed spełnia z punktu widzenia warunków zamówienia kryteria aparatu Primus firmy Drager, chociaż z pewnością należy stwierdzić, że nie są to takie same aparaty. Z drugiej jednak strony przy tak sformułowanej treści zamówienia publicznego firma Drager w dostatecznym wymiarze wypełniła kryteria specyfikacji, chociaż, gdyby odczytać intencje zamawiającego spodziewał się on od oferentów najbardziej rozwiniętych technologii, do których w zakresie aparatów do znieczulenia produkowanych przez firmę Drager należy aparat „Zeus”. W związku z powyższym stosowanie się do treści art. 29 ust 1 Ustawy, że przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący należy uznać, że treść „wyczerpujący” nie do końca została wykorzystana przez zamawiającego w postępowaniu, tak jak i dotyczy to przytoczonych w piśmie przewodnim słów, „gruntowny”, i „dogłębny”.

Biegły wskazał również Sądowi, że jest użytkownikiem sprzętu produkowanego przez firmę Drager oraz sprzedającego firmę Promed.

Zastrzeżenia do opinii złożył Drager spółka z ograniczoną odpowiedzialnością. Domagał się ten uczestnik przeprowadzenie dowodu z dodatkowej opinii biegłego po wcześniejszym umożliwieniu biegłemu przeprowadzenia testów urządzeń oferowanych w niniejszym postępowaniu przez firmy: Drager sp. z o.o. oraz Promed S.A. na okoliczność ustalenia, czy urządzenia te spełniają wymagania co do parametrów technicznych, określone przez Zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Wnosił także o zwrócenie się do biegłego o ustosunkowanie się w opinii uzupełniającej, sporządzanej po przeprowadzeniu badań, do sformułowanych uwag do opinii sporządzonej w dniu 10 listopada 2008 r..

Domagał się także uczestnik Drager spółka z ograniczoną odpowiedzialnością zobowiązanie firm Drager sp. z o.o. oraz Promed S.A. do dostarczenia lub udostępnienia biegłemu sprzętu oferowanego w niniejszym postępowaniu wraz z odpowiednią dokumentacją. Ewentualnie - na wypadek nie uwzględnienia powyższego wniosku - wnosił o wezwanie biegłego na posiedzenie sądu i odebranie od niego wyjaśnień do opinii sporządzonej w dniu 10 listopada 2008 r. w zakresie uwag uczestnika.

Co do wniosku o udostępnienie oferowanych urządzeń wskazał uczestnik, że biegły sporządzający opinię przyznał, nie ma pełnej orientacji w zakresie szczegółowych rozwiązań wszystkich urządzeń. W konsekwencji biegły wniósł o umożliwienie przeprowadzenia testów oferowanych urządzeń. Wniosek ten w uczestnik poparł. W szczególności należy uwzględnić, iż w istocie biegły sporządzający opinię nie posiada w swojej klinice urządzeń oferowanych przez firmę Drager sp. z o.o., które były oferowane w niniejszym postępowaniu i są przedmiotem opinii biegłego, tzn.:

-respirator Carina

- aparat do znieczulania Fabius Plus

- kardiomonitor Infinity Kappa
- kardiomonitor Infinity Delta XL

Istotne jest też, że dostarczone wcześniej (w 2006 r.) do kliniki biegłego urządzenia (respirator Evita XL, aparat do znieczulania Primus) posiadają inne niż zaoferowane w niniejszym postępowaniu wersje softwaru (symbole SW). Jest to spowodowane tym, że urządzenia te są stale modyfikowane, w szczególności pod względem rozwiązań informatycznych (średnio dwa razy do roku). I tak: pracujące u biegłego respiratory Evita XL posiadają rozwiązania informatyczne o symbolach SW-6.11, podczas gdy oferowane we Wrocławiu mają rozwiązania SW-6.12. Pracujący u biegłego aparat Primus ma system SW-2.01, podczas gdy oferowany w niniejszym postępowaniu - SW-2.11. Powyższe informacje wskazują, że biegły nie posiada w swojej klinice ani jednego urządzenia o identycznej konfiguracji, jak zaoferowana przez firmę Drager sp. z o.o. w niniejszym postępowaniu. Tymczasem kolejne modyfikacje systemów SW niekiedy zmieniają radykalnie funkcje urządzenia; dla przykładu można podać, że w ciągu ostatnich trzech lat w aparacie Primus zmiana systemów informatycznych wprowadziła m.in. następujące nowe akcesoria i funkcje:

- nowa zastawka APL
- zdalny serwis
- szybkie przełączanie w tryb MAN / SPONT automatyzm procedury testowej dodatkowe kolory krzywej C02

nowy tryb AutoFlow

- TV od 5 ml
- automatyczna aktywacja alarmów stężenia anestetyków wziewnych AA integracja alarmu dolnego ciśnienia z wartością PEEP
- emulator dźwiękowy oddychania
- tryb CPAP powiązany z wentylacją ciśnieniową i objętościową, itp.

Zdaniem uczestnika przychylenie się Sądu do wniosku biegłego oraz wniosku o przeprowadzenie dowodu z dodatkowej opinii biegłego umożliwi biegłemu wydanie jednoznacznej opinii, pozwalającej na ustalenie, czy oferta uczestnika w zakresie urządzeń określonych w pakiecie B, tj. respiratora do leczenia ostrej niewydolności oddechowej i respiratora do wentylacji nieinwazyjnej oraz w pakiecie C, tj. stanowiska do znieczulania wysokiej klasy i aparatury do znieczulania z monitorowaniem do sal zabiegowych spełnia wymagania określone przez Zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zdaniem uczestnika trudno byłoby poprzestać na obecnym brzmieniu opinii, chociażby z uwagi na to, że jej autor sam wskazuje na fakt, że bez przeprowadzenia testów oferowanych urządzeń oraz analizy odpowiedniej dokumentacji nie jest możliwe sformułowanie jednoznacznej odpowiedzi na pytania skierowane do biegłego.

Odniosł się uczestnik również co do oceny biegłego sformułowanej w odpowiedzi na pytanie nr 3: czy aparat PRIMUS z kardiomonitorem Infinity Kappa odpowiada warunkom stanowiska do znieczulania wysokiej klasy. Wskazał uczestnik, że co do zasady zgadza się z opinią biegłego w tym zakresie w szczególności co do tego, że nie istnieje jednoznaczny standard urządzenia wysokiej klasy. Zamawiający w SIWZ wymagał zaoferowania „stanowiska do znieczulania wysokiej klasy”, nie określając jaki sprzęt w jego rozumieniu spełnia te kryteria, pozostawiając w tym zakresie pewną swobodę wykonawcom. Podkreślił uczestnik, że w jego ocenie słusznie biegły zauważył, że Zamawiający mógł w bardziej wyczerpujący sposób opisać przedmiot zamówienia. Zdaniem uczestnika więc skoro Zamawiający poprzestał na takim sformułowaniu, to oferta firmy Drager odpowiada wymaganiom określonym w SIWZ bo aparat Primus spełnia kryteria SIWZ. Wskazał uczestnik Drager, że jedyna wątpliwość biegłego dotyczy tylko alarmu czy aparat Primus spełnia warunek posiadania alarmu niskiej objętości oddechowej.

Wskazał także uczestnik Drager uwagi do oceny biegłego sformułowanej w

odpowiedzi na pytanie nr 2: czy aparat Fabius Plus z monitorem Infinity Delta XL spełnia wymóg niskiej objętości oddechowej TV, który pojawi się przy braku osiągnięcia zadanej objętości pojedynczego oddechu pacjenta. Biegły stwierdził, że: „Fabius Plus nie spełnia wymogu alarmu niskiej objętości TV”. Identyczną opinię wyraził biegły także co do aparatu do znieczulania Primus. Zdaniem uczestnik Drager biegły został wprowadzony w błąd, **gdyż pytanie w tym zakresie zostało sformułowane nieprecyzyjnie, prawdopodobnie w oparciu o twierdzenia firmy Promed S.A., wskazane w uzasadnieniu wniosku o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego, zgłoszonego przez pełnomocnika firmy Promed S.A. w piśmie z dnia 15.04.2008 r. Pytanie to bowiem nie uwzględnia rzeczywistego brzmienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia.** W postanowieniach SIWZ w stosunku do punktu 29 znalazło się wymaganie: „Alarm niskiej objętości oddechowej”, podczas gdy pytanie do biegłego dotyczyło „niskiej objętości oddechowej TV, który pojawi się przy braku osiągnięcia zadanej objętości pojedynczego oddechu pacjenta”.

W tej sytuacji podniósł uczestnik Drager, że **biegły formułując opinię w tym zakresie odpowiadał na pytanie, które nie było sformułowane w sposób uwzględniający zapisy SIWZ, a przecież istotą opinii biegłego miała być ocena zgodności oferty firmy Drager z wymaganiami określonymi w SIWZ, a nie jakimikolwiek innymi, nie wynikającymi z zapisów SIWZ.** W ocenie uczestnika zasadne jest więc zwrócenie się do biegłego o uzupełnienie w tym zakresie opinii sporządzonej w dniu 10 listopada 2008 r.

(ewentualnie o wyjaśnienie tej kwestii na posiedzeniu sądu), przy czym opinia uzupełniająca powinna odnosić się do rzeczywistego brzmienia SIWZ. Opinia w tym zakresie jest bowiem niejednoznaczna: z jednej strony biegły zauważa, że „Zamawiający nie precyzował, w jaki sposób alarm niskiej objętości ma być realizowany i po którym oddechu (pierwszym?) ma się ten alarm włączać”, a z drugiej strony - biegły wypowiada się na temat prawdopodobnej intencji Zamawiającego i jego prawdopodobnych oczekiwań, które jednak nie wynikają z brzmienia siwz („prawdopodobnie intencją zamawiającego było uzyskanie parametru TV” - s. 11-12 opinii). Wskazał uczestnik, że wykonawcy związani są brzmieniem SIWZ i ich oferta powinna odpowiadać wymaganiom wskazanym w SIWZ, a nie w nie wyrażonych intencjach zamawiającego. Opinia biegłego powinna również odnosić się do brzmienia SIWZ, stąd konieczne jest sporządzenie opinii dodatkowej z uwzględnieniem prawidłowego brzmienia SIWZ.

Zdaniem uczestnika istotne jest przy tym, że SIWZ został sformułowany w tym zakresie w sposób nie budzący wątpliwości. Zamawiający wymagał alarmu niskiej objętości oddechowej (a nie: niskiej objętości oddechowej TV), w związku z czym - przy tak sformułowanym SIWZ wykonawcy mogli zaoferować zarówno alarm TV, jak i MV jako odpowiadające wymogom SIWZ. Według bowiem powszechnie używanej nomenklatury parametr o nazwie „objętość oddechowa” może należeć zarówno do grupy parametrów statycznych, a wtedy oznacza się go symbolem TV (z ang. tidal volume, stosuje się też oznakowanie VT - volume tidal), ale może również należeć do grupy parametrów dynamicznych, i wtedy oznacza się go symbolem MV (z ang. minutę volume). Istnieje liniowa (wprost proporcjonalna) zależność pomiędzy TV i MV ($MV = TV \times f$, gdzie „f” jest liczbą oddechów na minutę), co oznacza przy stałym „f” liniową jednoczesność zmian TV i MV. Nie ma technologii pomiaru TV pojedynczego oddechu - uzyskuje się to poprzez pomiar objętości sekwencji szeregu oddechów a następnie poprzez uśrednienie, a więc stosuje się taki sam algorytm, jak do uzyskania MV. W żadnym aparacie do znieczulania nie stosuje się alarmowania spadku TV pojedynczego oddechu, ponieważ każdorazowy spadek wartości objętości - np. w przypadku kaszlu czy poruszenia układów drenów doprowadzających mieszankę oddechową do pacjenta - powodowałby alarm i zakłócenie pracy zespołu operacyjnego.

Do opinii biegłego odniósł się również uczestnik Promed spółka akcyjna. Zdaniem tego uczestnika opinia potwierdziła zgodność jego oferty z SIWZ, natomiast równocześnie potwierdziła, że oferta firmy Drager nie spełnia wymogów określonych w SIWZ.

Wskazał uczestnik Promed S.A., że Biegły w opinii na str. 6, 7 potwierdził stanowisko firmy Promed, iż aparaty Primus i Fabius nie spełniają kryterium alarmu niskiej objętości TV, a jednocześnie zaprzeczył temu, co orzeczono w wyroku KIO z dnia 14.02.2008 r. Biegły

stwierdza bowiem, że pomimo potwierdzenia istnienia takiego parametru w treści oferty firmy Drager w rzeczywistości znane mu aparaty firmy Drager nie posiadają takiego alarmu. Potwierdził również stanowisko firmy Promed, iż alarm niskiej objętości TV nie jest tożsamy z alarmem wentylacji minutowej MV, co zdaniem Promed potwierdza, że oferta firmy Drager nie spełnia wymogu określonego w załączniku 2C poz. 1 Aparat do znieczulenia z monitorowaniem sal zabiegowych - 6 sztuk - bez uchwytów pkt. 29 oraz w Załączniku 2C/poz.2 Stanowisko do znieczulenia, wysokiej klasy - 16 sztuk pkt. 35. Zgodził się uczestnik Promed jednocześnie ze stanowiskiem Biegłego, zawartym w stwierdzeniu: „Kontynuując można, zatem, stwierdzić, że aparat do znieczulenia Primus nie spełnił oczekiwań zamawiającego z tytułu wyjątkowej specyfiki procesu leczniczego, który przewiduje zamawiający w nowo otwieranych salach operacyjnych”.

Podkreślił także Promed, że przedmiotowa opinia w zakresie odpowiedzi na pytanie 1 na str. 7 również potwierdza, że zaoferowane przez firmę Drager urządzenie nie spełnia wymogów określonych w treści SIWZ. Biegły stwierdził bowiem, że respirator model Carina nie posiada możliwości wentylacji proporcjonalnej, co oznacza, że oferta nie spełnia wymogów Zamawiającego w zakresie załącznika 2B poz. 3 Respirator do wentylacji nieinwazyjnej - 6 sztuk w zakresie pkt. 9. Ponadto wskazał Promed S.A., że powyższe potwierdza również opinia wydawana przez biegłego dla Urzędu Zamówień Publicznych, która została przytoczona w treści opinii sporządzanej na zlecenie Sądu, a z której jednoznacznie wynika, że:

- Specyfikacja istotnych warunków zamówienia nie preferuje żadnego z obu oferentów - str. U,
- Wymagane parametry techniczne urządzeń można uznać za uzasadnione klinicznie - str. 11,
- Oferta firmy Draeger nie spełnia wymogów określonych w SIWZ w zakresie pakietu B i C - str. 6,7, 8,
- Oferta firmy Promed spełnia wymogi określone przez Zamawiającego w zakresie kwestionowanych przez firmę Draeger i KIO parametrów technicznych - str. 9,13,

Zarazem jednak Promed nie zgodził się z twierdzeniem Opiniującego, jakoby Zamawiający nie zdefiniował, co wg. niego należy rozumieć pod pojęciem urządzenie wysokiej klasy. Zamawiający, bowiem opisał przedmiot zamówienia poprzez wskazanie konkretnych parametrów technicznych, używając pojęcia „Stanowisko do znieczulenia,

wysokiej klasy” jedynie w tytule tabeli załącznika 2C/poz. 2. Natomiast poniżej tytułu zamieścił szczegółowe parametry techniczne urządzenia stanowiącego przedmiot zamówienia, których posiadanie wykonawcy musieli potwierdzić na dzień składania ofert.

Z kolei zdaniem zamawiającego oświadcza, że w świetle opinii potwierdziły się dotychczasowe stanowiska zamawiającego. Zdaniem Akademii Medycznej w swej opinii biegły wskazał, że były podstawy do odrzucenia ofert firmy Drager, natomiast nie zachodziły przesłanki odrzucenia ofert firmy Promed. Nie zgodził się natomiast Zamawiający z wnioskami strony przeciwnej, że zachodzi konieczność sporządzenia opinii uzupełniającej, i że zachodzi potrzeba - jak wskazuje biegły - aby dokonać dodatkowej analizy po dostarczeniu sprzętu jednej i drugiej stronie.

Na rozprawie przed zarówno Zamawiającym jak i uczestnikiem Promed domagali się umorzenia postępowania.

Sąd Okręgowy zważył co następuje:

Najdalej idącym wnioskiem zgłaszanym w trakcie postępowania było żądanie umorzenia postępowania z uwagi na zawarcie umowy przez Zamawiającego i uczestnika Promed spółkę akcyjną. W tej sytuacji na wstępie odnieść musi się Sąd Okręgowy do

wniosków zamawiającego dotyczących umorzenia postępowania.

Otóż w tej sprawie wskazać trzeba, że Sąd nie podziela poglądu o konieczności umorzenia postępowania tylko dlatego, że w trakcie postępowania ze skargi na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej zawarto umowę. Z art. 182 ust. 2 ustawy *Prawo zamówień publicznych* wynika, że ustawodawca polski wdrożył prawidłowo do polskiego porządku prawnego regułę wynikającą z prawa europejskiego, iż procedura odwoławcza (na etapie skargi do Sądu Okręgowego na której etapie jest sprawa) nie musi skutkować wstrzymaniem postępowania odwoławczego. Wdrożenie tych reguł nie oznacza jednak, że zawarcie umowy skutkować musi umorzeniem postępowania skargowego przed Sądem. O ile nie jest to wykluczone to jednak nastąpić mogłoby w bardzo szczególnych przypadkach i nie uzasadnia tego samo zawarcie umowy. Wskazał Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 18 października 2007 r. III CZP 87/07, że **wykonywanie umowy, zawartej w postępowaniu o udzielenie zamówienia, po ostatecznym rozstrzygnięciu protestu nie stanowi przeszkody w rozpoznaniu przez Sąd skargi na wyrok zespołu arbitrów** (obecnie orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej),

Zdaniem Sądu Okręgowego umorzenie postępowania na skutek zawarcia umowy oznaczałoby, że niweczy się w istocie skutki przepisów przewidujących zaskarżenie wyroku Krajowej Izby Odwoławczej. Trudno zgodzić się z wnioskiem, iż zawarcie umowy czyni z postępowania bezprzedmiotowy spór, nie mający rzeczywistego wpływu na udzielanie zamówień publicznych. Przypomnieć bowiem należy, że skarga do sądu 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 na dostawy i roboty budowlane. W preambule oraz w art. 1 ust. 3 dyrektywy Rady Wspólnot Europejskich 89/665/EWG z dnia 21 grudnia 1989 r. w *sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane* zaleca się wprowadzenie kontroli sądowej w postępowaniu o zamówienia publiczne lub przez inny organ, będący sądem lub trybunałem w znaczeniu art. 177 Traktatu i niezależny zarówno od zamawiającego, jak i organu odwoławczego. Zarazem z art. 2 wyżej wskazanej dyrektywy wynika, że „z wyjątkiem przypadków przewidzianych w ust. 3 i art. 1 ust. 5 procedury odwoławcze nie muszą koniecznie skutkować automatycznym zawieszeniem procedur udzielenia zamówienia, do których się odnoszą”. Uwzględnienie zatem w polskim systemie prawnym skargi do sądu okręgowego jako instrumentu kontroli sądowej zaleconego w prawie unijnym, przy równoczesnym wprowadzeniu reguły, iż wniesienie skargi nie wstrzymuje w każdym wypadku dalszych czynności w postępowaniu nie może obecnie uzasadniać takiej wykładni polskiego prawa, która prowadziłaby do marginalizacji, a w skrajnych przypadkach niekiedy wręcz do praktycznej eliminacji, możliwości wykorzystywania istniejącego instrumentu kontroli. Dokonując więc wykładni postanowień prawa europejskiego i polskiego Sąd w składzie rozpoznającym sprawę poglądu o konieczności umorzenia postępowania z uwagi na sam fakt zawarcie umowy uwzględnić nie może. Podkreślić musi Sąd Okręgowy, że nie neguje stosowania umorzenia postępowania w takich sprawach, wskazuje jedynie, że nie może ono być uzasadnione samym faktem zawarcie umowy.

Zaznaczyć musi Sąd Okręgowy, że w szczególności nie jest przyjęciem poglądu o możliwości umorzenia postępowania tylko dlatego, że zawarto umowę rozstrzygnięcie wyroku umarzające postępowanie ze skargi na wyrok KIO z dnia 14 lutego 2008 r. (rozstrzygnięcie zawarte w punkcie III wyroku Sądu). Rozstrzygnięcie to nie jest bowiem tylko umorzeniem postępowania ze skargi na wyrok KIO jako takiego (a o takie chodziło w tej sprawie Zamawiającemu i uczestnikowi Promed S.A.) a uchynieniem wyroku KIO i umorzeniem wywołanego odwołaniem i protestem postępowania. Podstawą tego umorzenia jest art. 355 § 1 k.p.c. bowiem w umorzonym zakresie wydanie wyroku stało się zbędne i niedopuszczalne. Rozstrzygnięcie to nie jest jednak efektem przekonania Sądu Okręgowego o braku potrzeby dokonywania w sprawie merytorycznej oceny na skutek zawarcie umowy i jej wykonania, a właśnie wynikiem dokonania merytorycznej oceny. Otóż wskazać należy, że ostatecznie przedmiotem postępowania były 4 skargi dotyczące 3 różnych wyroków KIO dotyczących prowadzonego przez Akademię Medyczną postępowania o udzielenie

zamówienia publicznego. Pierwszy z wyroków to wyrok z 10 grudnia 2007 r., który pozostawał z późniejszymi w związku jako, że dotyczył tego samego postępowania. W bezpośredniej zależności pozostawały jednak wyrok z 14 lutego 2008 r. (KIOZUZP/59/08) i 4 lipca 2008 r. (KIO/UZP/590/08). Otóż oba te wyroki dotyczyły kwestii rozstrzygnięcia postępowania. Pierwszy z tych wyroków uchylał czynności polegające na wyborze oferty Promed S.A. i wykluczeniu Drager Polska spółki z o.o. Drugi wyrok jednak, który zapadł po ponowieniu czynności oddalał odwołanie Drager Polska spółki z o.o. kwestionujące wybór oferty Promed S.A. i odrzucenie ofert Drager. Na skutek tych dwóch wyroków powstał więc stan taki, iż zgodnie z pierwszym wyrokiem odrzucenie oferty Drager i wykluczenie tego wykonawcy zostało unieważnione. Zarazem jednak drugi wyrok podtrzymał (a zapadł w trakcie postępowania sądowego) odrzucenie tej oferty oraz wybór Promed S.A. Paradoksalnie więc toczące się postępowanie sądowe co do tych wyroków toczyło się na podstawie przeciwstawnych skarg. Ostatecznie Sąd Okręgowy za zasadne uznał - **po przeprowadzeniu postępowania dowodowego** - stanowisko Zamawiającego i wykonawcy Promed S.A. Oznaczało to uznanie za prawidłowy wyroku z 4 lipca 2008 r. i za nieprawidłowy wyroku z 14 lutego 2008 r. Nie mógł jednak Sąd jedynie zmienić tego wyroku i oddalić odwołania Drager Polska spółki z o.o., które w sprawie KIO/UZP/59/08 było rozpoznawane. Prowadziłoby to do sytuacji, iż pozostałyby w mocy czynności dokonane dwa razy to jest wybór Promed S.A. od którego odwołanie (i protest) byłoby oddalone, oraz późniejszy wybór Promed S.A. dokonany na podstawie wyroku. W tym więc stanie rzeczy w ocenie Sądu Okręgowego konieczne było umorzenie postępowania w sprawie jednego z wzajemnie sprzecznych (przeciwstawnych) wyroków. Na skutek umorzenia pozostaje więc w mocy wyrok zatwierdzający wybór Promed S.A. oraz odrzucenie oferty Drager i wykluczenie tego wykonawcy podjęty 4 lipca 2008 r.

W dalszym ciągu wskazać musi Sąd Okręgowy, że za konieczne uznał skorzystanie dla rozstrzygnięcia sprawy z wiadomości specjalnych co oznaczało powołanie biegłego. Zaznaczyć więc musi Sąd, że nie może podzielić poglądu KIO o zbędności powołania w tej sprawie KIO/UZP/59/08 zakończonej wyrokiem z 14 lutego 2008 r. Nie odnosi już tego Sąd do wyroku z 10 grudnia 2007 r., który w istocie dotyczył kwestii SIWZ i warunków postępowania, ani też wyroku z 4 lipca 2008 r., który zapadł gdy prowadzono postępowanie sądowe w którym dowód z opinii biegłego dopuszczono. W sprawie KIO/UZP/59/08 dokonywała jednak Izba ocen wymagających wiadomości specjalnych i autorytatywnie wypowiadała się o ofertach i ich zawartości dokonując ich oceny wymagającej wiadomości specjalnych.

Analizując kwestię prowadzenia dowodu z opinii biegłego wskazać musi Sąd Okręgowy, że nie wyklucza powołania biegłego przez organ prowadzący postępowanie powołanie biegłego (biegłych) przez Zamawiającego w postępowaniu lub też przedłożenie opinii biegłego przez wykonawcę - Skarżącego. Wskazać trzeba, że pogląd Sądu Okręgowego wynika z faktu, iż ustawa *Prawo zamówień publicznych* wspomina o biegłych w art. 21 ust. 4, art. 96 ust. 2, art. 163 ust. 1 pkt 3, art. 163 ust. 2, art. 163 ust. 3, art. 187 ust. 5, art. 188 ust. 3, art. 188 ust. 4. Przepisy te podzielić można na przepisy dotyczące:

1/ biegłych powoływanych przez zamawiającego (art. 21 ust. 4, art. 96 ust. 2 i art. 187 ust. 5),

2/ biegłych powoływanych przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (art. 163 ust. 1 pkt 3, art. 163 ust. 2, art. 163 ust. 3),

3/ biegłych powoływanych przez KIO (art. 187 ust. 5, art. 188 ust. 3 i art. 188 ust. 4). Wyraźnie więc z art. art. 188 ust. 4 ustawy *Prawo zamówień publicznych* wynika powołanie biegłego jeżeli ustalenie stanu sprawy wymaga wiadomości specjalnych. Tego rodzaju „możliwość” jak wskazano w tym przepisie nie oznacza jednak wolnej woli, a oblig skorzystania z biegłego przez organ prowadzący postępowanie jeżeli potrzebne są wiadomości specjalne. W tym zakresie w ocenie Sądu Okręgowego wątpliwości mieć nie można, a wskazują na to ustalone już reguły wykładni przepisów k.p.c. o powinności powołania biegłego przez Sąd jeżeli potrzebne są wiadomości specjalne.

W niniejszej sprawie treść kwestionowanych rozstrzygnięć wskazuje jednoznacznie na potrzebę skorzystania z wiadomości specjalnych. Nie można bowiem odpowiedzieć z pozycji

Sądu orzekającego (nawet jeśli skład sądu stykał się z zamówieniami publicznymi dotyczącymi sprzętu medycznego) na postawione pytania bez oceny biegłego. Nie ma bowiem możliwości oceny nie tylko zawartości oferty, ale także zawartości SIWZ bez wiadomości specjalnych. Nie podziela więc Sąd przekonania KIO, że zasadne było dokonywanie ocen sprawy bez powołania biegłego. Przytoczyć może Sąd pogląd Sądu Najwyższego wyrażony 22 lutego 2008 r. w sprawie V CSK 432/07 według którego „ustalenia, wymagające wiadomości specjalnych, aby mogły stać się składnikiem materiału dowodowego poddawanego ocenie, muszą przybrać formę określoną w art. 278 i nast. k.p.c., to znaczy postać opinii biegłego (biegłych) lub odpowiedniego instytutu. Wymogiem prawidłowego przeprowadzania tego dowodu jest zadbanie o jego bezpośredniość, polegającą na umożliwieniu stronom przedstawienia wątpliwości i uzyskania wyjaśnień w toku przesłuchania autorów opinii.”

W ocenie Sądu Okręgowego konieczne było zadośćuczynienie tym zasadnym wytycznym Sądu Najwyższego. Konsekwentne jest zresztą stanowisko judykatury, iż gdy rozstrzygnięcie sprawy wymagałoby wiadomości specjalnych, niedopuszczalne jest pominięcie dowodu z opinii biegłych, choćby ktokolwiek ze składu orzekającego takie wiadomości posiadał (odmienne rozwiązanie pozbawiałoby strony możliwości stawiania pytań i krytyki określonego poglądu, a ponadto prowadziłoby do niedopuszczalnego połączenia funkcji sędziego i biegłego - tak SN w wyroku SN z dnia 18 lipca 1975 r., I CR 331/75; w uzasadnieniu postanowienia SN z dnia 9 maja 2000 r., IV CKN 1209/00; w uzasadnieniu orzeczenia SN z dnia 26 października 2006 r., ICSK 166/06, niepubl.).

Wskazać musi w dalszym ciągu Sąd Okręgowy, że na podstawie art. 278 k.p.c. przyjmuje się konsekwentnie, że **opinią biegłego jest wyłącznie opinia sporządzona przez osobę wyznaczoną przez sąd** (uzasadnienie wyroku SN z dnia 10 grudnia 1998 r., I CKN 922/97). Według judykatury, nie może być traktowana jako dowód w postępowaniu opinia biegłego (w tym również biegłego stałego), sporządzona na polecenie strony i złożona do akt sądowych (jak opinia prof. Z. Rybickiego sporządzona i przedkładana przez Drager Polska). Prywatne ekspertyzy opracowywane na zlecenie stron, przed lub w toku postępowania, należy traktować więc, w razie ich przyjęcia przez sąd orzekający, jako wyjaśnienie stanowiące poparcie, z uwzględnieniem wiadomości specjalnych, stanowiska stron. Oparcie orzeczenia na pozasądowym oświadczeniu biegłego traktowanym jako opinia biegłego stanowi uchybienie procesowe. Nie wiąże się takie ryzyko z osobami przez Sąd (czy też inny organ orzekający jak np. KIO) wskazanymi. Od reguły oparcia się na biegłym przez Sąd lub organ orzekający powołany są ściśle określone i uzasadnione wyjątki korzystania z biegłych innych niż biegli sądowi (jak np. biegli rewidenty na gruncie k.s.h. czy też /w szczególności/ ustawy o rachunkowości - ten przypadek wiąże się jednak z powołaniem osób spośród ściśle określonej i godnej zaufania grupy zawodowej podlegającej kontroli samorządu zawodowego co gwarantować ma pewność ich bezstronności).

W tej więc sprawie nie może Sąd Okręgowy przyjąć, że możliwe było pominięcie powołania biegłego Przemawia za tym poglądem również to, że ostatecznie do opinii biegłego sięgnął również Prezes Urzędu Zamówień Publicznych.

Ostatecznie więc w tej sprawie ocena czy oferty spełniają kryteria zależała od przeprowadzenia dowodu z opinii biegłego. Wskazać musi jednak Sąd, że opinia biegłego miała dwa istotne cele. Najbardziej widocznym było oczywiście rozstrzygnięcie spełnienia lub niespełnienia wymogów SIWZ przez ofertę Drager Polska. Niemniej jednak w sytuacji jak zaistniała w postępowaniu wskazać musi Sąd, że opinia ta miała również znaczenie dla rozstrzygnięcia skargi Diagnos spółki z o.o. bowiem postawiono również biegłemu pytanie czy wymagania wymienione w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia spełnia większa liczba urządzeń czy też urządzenia tylko jednego producenta. Od tej kwestii zacząć trzeba analizę kwestii wskazanych w opinii biegłego bowiem chronologicznie skarga Diagnos spółki z o.o. na wyrok z 10 grudnia 2007 r. jest pierwszą skargą.

Co do skargi Diagnos spółki z o.o. wskazać musi Sąd, że nie może podzielić poglądu skarżącej, iż w postępowaniu Zamawiający winien dokonać modyfikacji treści istotnych warunków zamówienia zapewniającej wyczerpujący i jednoznaczny opis przedmiotu zamówienia, nie ograniczający uczciwej konkurencji i bez wskazań na konkretnego wykonawcę oraz sformułowania kryteriów oceny ofert z zachowaniem zasad uczciwej

konkurencji. W ocenie Sądu Okręgowego z opinii biegłego wynika jednoznacznie, że więcej niż jeden wykonawca mógł spełnić kryteria określone w specyfikacji, a jak wynika z przebiegu postępowania również Drager Polska mógł w tym postępowaniu zgłosić urządzenia spełniające kryteria. Tym samym nie może podzielić Sąd Okręgowy poglądu Skarżącego Diagnos, iż ograniczono w postępowaniu uczciwą konkurencję wskazując konkretnego wykonawcę bowiem zarzut taki nie może być uznany za prawdziwy gdy inni wykonawcy byli w stanie przystąpić do udziału w postępowaniu.

Zaznaczyć jednak musi Sąd Okręgowy w tym miejscu, że do wniosku takiego prowadzi przeprowadzony dowód z opinii biegłego. Na etapie skargi wniesionej przez Diagnos, w oparciu o materiał zgromadzony przed KIO, skarga ta nie mogła być w ocenie Sądu uznana za zasadną. Niemniej jednak po jej wniesieniu i rozpoczęciu postępowania sądowego ujawniły się istotne nowe okoliczności, a mianowicie zakwestionowanie przez Zamawiającego tego, że oferta Drager Polska spełnia kryteria SIWZ. Istotnie była to zmiana stanowiska Zamawiającego, która mogła budzić wątpliwości co do rozstrzygnięcia KIO w wyroku z 10 grudnia 2007 r. Wątpliwości nie dotyczyłyby nawet samego rozstrzygnięcia bo w świetle zgromadzonego przez KIO i zawartego w skardze materiału nie można go kwestionować, ale późniejsze zdarzenia czyniły koniecznym przez Sąd unieważnienia postępowania gdyby wynikało z materiału dowodowego, że ograniczono w postępowaniu uczciwą konkurencję wskazując konkretnego wykonawcę. Na ostatniej rozprawie taką ewentualność zauważył przedstawiciel Drager Polska wskazując na ewentualność unieważnienia postępowania, niemniej jednak ewentualność ta, która musiała być rozważana przez Sąd na wcześniejszym etapie postępowania, w świetle opinii biegłego nie może być uznana za właściwą.

Nie podziela też Sąd Okręgowy zarzutu Diagnos co do określenia kryterium oceny ofert - w zakresie części C zamówienia - w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i ograniczający wykonawcom możliwość złożenia oferty. Zasadnie bowiem w ocenie Sądu przyjęła Krajowa Izba Odwoławcza, że prawem Zamawiającego jest ustalać, jakie parametry techniczne są dla niego ważne. Podziela Sąd pogląd, iż Zamawiający określając kryterium jakości technicznej, przyznając maksymalną liczbę punktów 12 dla wykonawcy, który zaoferuje dostawę urządzenia z rozwiązaniem żądanym przez Zamawiającego, a 0 punktów dla wykonawcy oferującego dostawę urządzenia z rozwiązaniem równoważnym - nie preferowanym przez Zamawiającego nie naruszył zasady uczciwej konkurencji. Zdaniem Sądu słuszne jest twierdzenie Zamawiającego, że „w każdym wypadku Wykonawcy mogą dokonać wyboru pomiędzy dostępnymi kryteriami”. W szczególności nie może Sąd w żadnym wypadku zgodzić się z zarzutem, że znamiona czynu nieuczciwej konkurencji ma wymuszenia przez Zamawiającego na wykonawcy zaoferowanie sprzętu za niską cenę. Istotą konkurencji jest ze strony Zamawiającego znalezienie najlepszej oferty, czego elementem jest również cena. W żadnym wypadku nie może Sąd Okręgowy zaakceptować poglądu, że regulacje ustawy *Prawo zamówień publicznych* służą mają zabezpieczeniu uzyskania przez wykonawców jak największej ceny od zamawiających, a do takiego wniosku sprowadzają się twierdzenia Diagnos spółki z o.o.

W ocenie Sądu Okręgowego nie jest również zasadny zarzut, że nie przedłużenie przez Zamawiającego terminu składania ofert pomimo wniesienia protestu na treść SIWZ, jest naruszeniem zasad rządzących udzielaniem zamówień publicznych oraz uchybieniem zasady praworządności. Wskazać musi Sąd, że przepisy ustawy *Prawo zamówień publicznych* nie nakazują takiej czynności. Oczywiście jest, że podejmując taką decyzję Zamawiający liczy się z konsekwencjami w postaci nawet unieważnienia postępowania, niemniej jednak wstrzymanie biegu postępowania przez każdy protest dotyczący SIWZ oznaczałoby, że wykonawcy dowolnie mogą blokować postępowanie co nie może mieć miejsca.

W dalszym jednak ciągu wskazać musi Sąd, że przeprowadzony dowód z opinii biegłego dotyczył jednak w zasadniczej części późniejszej fazy postępowania, a mianowicie rozstrzygnięcia kwestii wyboru wykonawcy i rozstrzygnięcie o spełnieniu lub niespełnieniu wymogów SIWZ przez ofertę Drager Polska. W tej sprawie jednak na wstępie odnieść musi się do zarzutu Drager Polska wyartykułowanego w ustosunkowaniu się do opinii, a dotyczącego błędnego w ocenie Drager Polska sformułowania pytań do biegłego.

Otóż według Drager Polska biegły został wprowadzony w błąd, gdyż pytanie o

spełnienie wymogu niskiej objętości oddechowej TV, który pojawi się przy braku osiągnięcia zadanej objętości pojedynczego oddechu pacjenta sformułowane zostało nieprecyzyjnie, prawdopodobnie w oparciu o twierdzenia firmy Promed S.A., wskazane w uzasadnieniu wniosku o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego, zgłoszonego przez pełnomocnika firmy Promed S.A. w piśmie z dnia 15.04.2008 r. Pytanie to bowiem nie uwzględnia rzeczywistego brzmienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Wskazał Drager Polska, że w postanowieniach SIWZ w stosunku do punktu 29 znalazło się wymaganie: „Alarm niskiej objętości oddechowej”, podczas gdy pytanie do biegłego dotyczyło „niskiej objętości oddechowej TV, który pojawi się przy braku osiągnięcia zadanej objętości pojedynczego oddechu pacjenta”.

W tej sytuacji zdaniem uczestnika Drager, że biegły formułując opinię w tym zakresie odpowiadał na pytanie, które nie było sformułowane w sposób uwzględniający zapisy SIWZ, a przecież istotą opinii biegłego miała być ocena zgodności oferty firmy Drager z wymaganiami określonymi w SIWZ, a nie jakimkolwiek innymi, nie wynikającymi z zapisów SIWZ.

Wskazać musi Sąd Okręgowy, że takie stanowisko uczestnika Drager Polska koresponduje zresztą także uwagami poczynionymi przez Krajową Izbę Odwoławczą w uzasadnieniu wyroku z 14 lutego 2008 r. (str. 9-10) w którym wskazano, że postawiono w załączniku 2 C poz. 1 lp. 29 tylko i wyłącznie wymóg „alarmu niskiej objętości oddechowej”, który spełnia ten wykonawca.

Wydawać by się więc mogło, że zarzut uczestnika Drager Polska jest zasadny, a Sąd Okręgowy nie sformułował pytania należycie. Biegły (Krajowy konsultant ds. anestezjologii) nie miał jednak wątpliwości (co wskazał w opinii), że chodziło Zamawiającemu o alarm niskiej objętości oddechowej TV i w tym kierunku wydał opinię uwzględniając zresztą także wymogi wiedzy medycznej. Zaznaczyć musi jednak Sąd Okręgowy w tym miejscu, że nie podziela poglądu Drager Polska jak i również KIO (wyrażonego w uzasadnieniu wyroku z 14 lutego 2008 r.), że Zamawiający nie postawił wyraźnie w SIWZ wymogu posiadania alarmu niskiej objętości oddechowej TV. Co więcej kwestię tą analizował Sąd w oparciu o SIWZ przed zadaniem pytań biegłemu. Z faktu bowiem, że pytania te (w tej części - bowiem w ogóle pytania stawiane biegłemu były szersze niż tylko przez Promed i Akademię Medyczną wskazywane) zgodne były z wnioskami uczestnika Promed S.A. nie wynika jeszcze, że ich celowości Sąd Okręgowy przed postawieniem biegłemu nie analizował.

Wskazać musi zresztą Sąd Okręgowy, że kwestia ta wyraźnie wskazuje, że wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 lutego 2008 r. wydany został tylko i wyłącznie w oparciu o bardzo powierzchowną analizę zapisów SIWZ i tylko w oparciu o twierdzenie wykonawcy Drager Polska, że spełnia kryteria SIWZ. Wskazać musi bowiem Sąd Okręgowy, że w załączniku nr 2 C poz. 1 pojawia się:

- pod lp. 29 wymóg „alarmu niskiej objętości oddechowej”,
- pod lp. 35 wymóg „pomiar objętości oddechowej TV”,
- pod lp. 36 wymóg „pomiar objętości minutowej MV”.

Ewidentne jest w postępowaniu, że aparat oferowany przez Drager Polska nie posiada alarmu niskiej objętości TV, a jedynie alarm MV. Wskazać musi Sąd Okręgowy, że użyte w załączniku nr 2 C poz. 1 wymogi mają zarazem charakter definicji. Jeżeli pod lp. 35 wskazuje Zamawiający, że oczekuje spełnienia wymogu „pomiar objętości oddechowej TV”, a pod poz. 36 spełnienia wymogu „pomiar objętości minutowej MV” to zdaniem Sądu Okręgowego definiuje wyraźnie, że pod pojęciem **pomiar objętości oddechowej rozumie pomiar objętości oddechowej TV**. Zarazem pod pojęciem **pomiar objętości minutowej rozumie pomiar objętości minutowej MV**. Jeżeli więc stawia zamawiający wymóg posiadania przez oferowane na podstawie załącznika nr 2 C poz. 1 urządzenie alarmu niskiej objętości oddechowej to skoro w tym załączniku nazwano pomiarem niskiej objętości oddechowej pomiar TV, a pomiar MV pomiarem niskiej objętości minutowej, to nie można mieć w ocenie Sądu Okręgowego wątpliwości, że chodziło zamawiającemu w SIWZ o alarm niskiej objętości oddechowej TV. Te zależności zostały przeoczone przez Drager Polska jak też i przez Krajową Izbę Odwoławczą w uzasadnieniu wyroku z dnia 14 lutego 2008 r. Wyraźnie

jednak wskazał na nie biegly w oparciu o pytanie oparte na treści SIWZ.

Takie sformułowanie definicji nie narusza zarazem w ocenie Sądu Okręgowego art. 29 ust. 1 ustawy *Prawo zamówień publicznych* zgodnie z którym przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Jasno i wyraźnie zdefiniował zamawiający w SIWZ pomiar objętości oddechowej TV i pomiar objętości minutowej MV. Jeżeli więc wymagał alarmu niskiej objętości oddechowej to jednoznacznie chodziło o pomiar niskiej objętości oddechowej TV.

W dalszym ciągu wskazać musi Sąd Okręgowy, że za zbędne uznał rozszerzenie zakresu działania opinii przez przeprowadzenie testów urządzeń. W swej opinii jasno biegly wskazał jakie kryteria są spełniane i niespełnione przez urządzenia wykonawców. Co więcej prowadzone testy miałyby służyć w istocie dowiedzeniu jakie ewentualnie mogą być cechy urządzeń oferowanych w postępowaniu w zależności od kolejnych wersji oprogramowania. Otóż zdaniem Sądu Okręgowego jeżeli spełnienie przez jakiekolwiek urządzenie pewnych funkcjonalności zależy tylko i wyłącznie od aktualnej wersji oprogramowania to winno ono być oferowane w postępowaniu ze wskazaniem wersji oprogramowania i jej funkcjonalności. Testy rozumiane jako zbadanie mogą być parametry urządzeń jeżeli zastosuje się nowsze oprogramowanie prowadzić mogłyby do zmiany oferty już po jej złożeniu co naruszałoby art. 87 ust. 1 ustawy *Prawo zamówień publicznych* i wyrażony w nim zakaz zmiany oferty po jej złożeniu.

Wskazać musi Sąd Okręgowy, że biegly jednoznacznie wyraził pogląd, iż:

- 1/ aparat do znieczulenia Primus (część C)- nie spełnia oczekiwań zamawiającego,
- 2/ aparat model Fabius Plus z monitorem Infinity Delta XL (część C) - nie spełnia oczekiwań zamawiającego,
- 3/ Respirator model Carina (część B) - nie spełnia oczekiwań zamawiającego,
- 4/ respirator Evita XL (część B) - nie spełnia oczekiwań zamawiającego (wobec wiedzy biegłego podczas użytkowania tego sprzętu wymagany w jego ocenie przez Zamawiającego trigger ciśnieniowy jest nieobecny); co do respiratora Evita XL zachodzą zresztą także okoliczności wskazane w wyroku KIO z 4 lipca 2008 r. (KIO/UZP/590/08).

Szczegółowe rozważania biegłego Sąd Okręgowy wskazał wyżej przytaczając jego opinię. W tym miejscu zaznaczyć musi Sąd jedynie, że wobec treści opinii nie można mieć wątpliwości, że zasadne było stanowisko Zamawiającego Akademii Medycznej we Wrocławiu jak i Promed S.A.

Co do cech sprzętu i wymogów SWIZ odnieść musi się jeszcze Sąd Okręgowy do zarzutów dotyczących skarżącego Drager Polska Sp. z o.o. podniesionych w skardze na wyrok z 4 lipca 2008 r., a dotyczących załącznika nr 2 B / poz. I poz. 54 (czyli co do respiratora do leczenia ostrej niewydolności oddechowej). Zamawiający bowiem wymogi w tym zakresie sformułował jednoznaczny wymóg: „Kompletna linia do wziewnej podaży leków (wszystkie elementy jednorazowe po 10 szt.) 1 kpi do każdego respiratora”. Firma Drager w ofercie (respirator Evita XL) oferuje: „TAK. Kompletna linia do wziewnej podaży leków 1 kpi do każdego respiratora. Wszystkie elementy wielokrotnego użytku.”. Nie może Sąd Okręgowy podzielić poglądu skarżącego, że wymóg elementów jednorazowych po 10 sztuk ma tylko takie znaczenie, że gdyby oferowano elementy jednorazowe to miały być one oferowane po 10 sztuk, natomiast możliwe jest oferowanie tylko elementów wielokrotnego użytku. Sąd Okręgowy odczytuje ten zapis identycznie jak zamawiający i Krajowa Izba Odwoławcza, a więc jako wymóg dostarczenia elementów jednorazowych. Podzielić musi zresztą Sąd pogląd KIO, iż Drager Polska, mając wątpliwości, co do tego, które elementy mają być jednorazowe mógł w trybie art. 38 ust. 1 ustawy *Prawo zamówień publicznych* zwrócić się do Zamawiającego o wyjaśnienie treści SIWZ. Skarżący Drager Polska tego nie uczynił. Niemniej jednak Drager Polska będąc profesjonalistą na rynku medycznym w zakresie tego rodzaju sprzętu nie powinien mieć wątpliwości co do znaczenia zapisu „wszystkie elementy jednorazowe”. Dlatego też nie można podzielić argumentacji skarżącego

Drager Polska, iż skoro Zamawiający bliżej nie sprecyzował, czy wszystkie, czy też tylko niektóre elementy oferowanego urządzenia mają być jednorazowe, tym samym dopuścił możliwość zaoferowania urządzenia zawierającego wszystkie elementy wielokrotnego użytku.

Zdaniem Sądu Zamawiający ma prawo określić przedmiot zamówienia z uwzględnieniem swych potrzeb oraz w sposób chroniący jego zobiektywizowany interes. Zamawiający w sposób prawidłowy określił przedmiot zamówienia a skarżący nie spełnił wymaganych parametrów, gdyż zaoferowane przez niego urządzenie nie zawiera żadnych jednorazowych elementów.

Ostatecznie więc co do cech sprzętu oferowanego przez Drager Polska to wynika z przeprowadzonego przed Sądem Okręgowym postępowania dowodowego jak też i z ustaleń już przed KIO dokonanych (w wyroku z 4 lipca 2008 r.), że sprzęt ten nie spełnia kryteriów określonych w SIWZ. Kryteria te spełnia natomiast sprzęt oferowany przez Promed spółkę akcyjną i co do dostawy tego sprzętu zasadnie zawarto umowę. W tym więc stanie rzecz z powodów merytorycznych należało uchylić wyrok z 14 lutego 2008 r. i umorzyć postępowanie, oddalając równocześnie skargę Drager Polska na wyrok z 4 lipca 2008 r. Odniesieć musi się również Sąd Okręgowy do kwestii działań Zamawiającego polegających na ocenie oferowanego sprzętu w świetle dostępnych informacji o tym sprzęcie. Otóż w ocenie Sądu Okręgowego w żadnym wypadku nie można podzielić poglądu, iż jedynym sposobem oceny czy sprzęt oferowany spełnia kryteria SIWZ jest oświadczenie wykonawcy zawarte w ofercie. Wskazać musi Sąd Okręgowy, że pozbawienie Zamawiającego możliwości oceny oferty pod tym względem czy odpowiada ona prawdzie (a więc czy oferowany sprzęt spełnia kryteria SIWZ) klóci się szeregiem przepisów ustawy *Prawo zamówień publicznych*. Wskazać musi Sąd, że ustawa ta przewiduje np. możliwość powoływania biegłych przez zamawiającego (art. 21 ust. 4, art. 96 ust. 2 i art. 187 ust. 5). Biegły taki powołany być powinien jeżeli dokonanie określonych czynności związanych z przygotowaniem i przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia wymaga wiadomości specjalnych. Tak więc jeżeli trzeba sięgnąć po wiadomości spoza oferty, których nie posiada Zamawiający może on skorzystać z opinii biegłych. Jeżeli jednak Zamawiający posiada taką wiedzę to w ocenie Sądu może się na nią powołać i nie można zanegować jego prawa wskazaniem, że skoro wykonawca w ofercie oświadczył, że oferowany sprzęt spełnia kryteria to nie można badać rzeczywistego spełnienia kryteriów. W ocenie Sądu stanowisko KIO (wyrażone w wyroku z 14 lutego 2008 r.), że samo oświadczenie wykonawcy było tu przesądzające nie może zostać uznane za prawidłowe. W najbardziej ekstremalnym przypadku mogłoby to prowadzić do sytuacji, że zostanie zaoferowany sprzęt niespełniający kryteriów SIWZ i sprzęt ten zostanie dostarczony, a Zamawiający po zawarciu umowy będzie mógł dochodzić odpowiedzialności od wykonawcy. Zdaniem Sądu Okręgowego przepisy ustawy *Prawo zamówień publicznych* w żadnym przypadku nie wykluczają możliwości oceny ofert w oparciu o wiedzę spoza samego oświadczenia wykonawcy.

Zaznaczyć musi jednak Sąd Okręgowy, że wobec treści skargi Promed S.A. na wyrok KIO z dnia 14 lutego 2008 r. konieczne było jej częściowe odrzucenie. Otóż skargę składa się co do wyroku, natomiast Promed S.A. zawarł w swej skardze żądanie „uznania, że oferta firmy Promed nie jest sprzeczna z treścią SIWZ”. Zaskarżony wyrok nie zawiera w swej sentencji takiego rozstrzygnięcia, nie mógł więc Sąd Okręgowy wyrażać w sentencji orzeczenia jakichkolwiek elementów nie podlegających skardze. Nie może być bowiem przedmiotem skargi coś czego KIO nie wyraziła w sentencji. Nie znaczy to oczywiście, że kwestia czy oferta Promed S.A. jest sprzeczna z SIWZ nie miała znaczenia w postępowaniu. W ocenie Sądu Okręgowego takie znaczenie bowiem miała, niemniej jednak jako jedna z okoliczności istotnych do analizy zasadności wyroku KIO z 14 lutego 2008 r. który to wyrok nakazał powtórzyć czynność badania i oceny ofert.

Takie żądanie Promed S.A. zawarte w skardze było zresztą niezasadne wobec późniejszego stanowiska Zamawiającego Akademii Medycznej we Wrocławiu i Promed S.A. co do tego, że wiąże Zamawiającego sentencja wyroku KIO. Jeżeli więc nie wiążą ich wywody podniesione w uzasadnieniu wyroku KIO, to wywody te nie podlegają osobnemu zaskarżeniu, choć ocena KIO ma oczywiście znaczenia dla uzasadnienia stanowiska w sentencji wyrażonego.

Zaznaczyć musi Sąd Okręgowy z kolei co do skargi Drager Polska spółki z o.o. na wyrok z dnia 4 lipca 2008 r. (KIO/UZP/590/08), że nie może podzielić poglądu Promed S.A. o konieczności odrzucenia tej skargi z uwagi na zakaz ponownego orzekania w tej samej sprawie. Uczestnik Promed S.A. w piśmie procesowym z dnia 11 września 2008 r. domagał się bowiem odrzucenia skargi w zakresie zarzutów dotyczących oferty Drager w części B:

- zał. 2 B poz. 1 pkt. 23 - respiratora do leczenia ostrej niewydolności oddechowej,
- zał. 2 B poz. 3 pkt. 9 - respiratora do wentylacji nieinwazyjnej,
- zał. 2 B poz. 3 pkt. 20 i 21 - respiratora do wentylacji nieinwazyjnej,

oraz dotyczących części C:

- zał. 2 C poz. 1 pkt. 29 - aparatów do znieczulenia z monitorowaniem do sal zabiegowych,
- zał. 2 C poz. 2 pkt. 35 - stanowiska do znieczulenia wysokiej klasy,
- zał. 2 C poz. 2 pkt. 54 (55) - stanowiska do znieczulenia wysokiej klasy.

Tego samego domagał się uczestnik w stosunku do zarzutów dotyczących oferty Promed S.A. w zakresie załącznika 2 B, poz. 4 pkt 3.1- 3.4. Stanowisko swe motywował uczestnik tym, że Skarżący powołuje się na te same okoliczności faktyczne, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez KIO w wyroku z 14 lutego 2008 r.

Otóż wskazać musi Sąd Okręgowy, że istotnie w zakresie tych kwestii KIO w wyroku z 4 lipca 2008 r. wskazała, że nie może orzekać w zakresie tych zarzutów gdyż były one już przedmiotem rozstrzygnięcia przed KIO. Izba zarazem jednak w tej części nie odrzuciła odwołania.

W ocenie Sądu Okręgowego doszło więc do merytorycznego rozpoznania zarzutów skarżącego, skoro KIO w wyroku z dnia 4 lipca 2008 r. oddaliła (a nie częściowo odrzuciła) odwołanie. Inną sprawą jest już uzasadnienie w którym Izba wskazał na niemożność orzekania.

Wskazać musi jednak Sąd Okręgowy, że niezależnie od stanowiska Izby i kwestii rozpoznania tych zarzutów w postępowaniu przed KIO to zarzuty te nie były przedmiotem ostatecznego rozstrzygnięcia przed Sądem Okręgowym. Zarazem jednak nie może dopatrzeć się Sąd konieczności odrzucenia skargi na podstawie zawisłości sprawy w postępowaniu przed Sądem (art. 199 § 1 pkt 2 k.p.c.) bowiem w toku nie jest sprawa o te konkretne cechy SIWZ i oferty. Przed Sądem Okręgowym rozpoznawane są bowiem skargi na wyrok z 14 lutego 2008 r. i na wyrok z dnia 4 lipca 2008 r. Niewątpliwie można by mówić o zawisłości sprawy i konieczności odrzucenia skargi gdyby wpływała kolejna skarga na wyrok na który skarga już wpłynęła. W tej sprawie jednak przedmiotem rozpoznania są skargi (różnych zresztą skarżących) na różne wyroki KIO. Fakt, że są one oparte na częściowo wspólnych podstawach faktycznych nie oznacza jeszcze zawisłości sprawy, sprawę bowiem konstituuje żądanie rozstrzygnięcia, a nie podawane okoliczności faktyczne, które mogą być identyczne (tutaj częściowo identyczne) w różnych sprawach. Przyjęcie stanowiska co do konieczności odrzucenia skargi Drager Polska spółki z o.o. oznaczałoby, że niezależnie od rozstrzygnięcia co do wyroku z 14 lutego 2008 r. (nawet gdyby Sąd Okręgowy uznał go za zasadny) wyrok z 4 lipca 2008 r. pozostawałby w mocy (jako wyrok na który skargę odrzucono). Oznaczałoby to, że istniałyby dwa wyroki sprzeczne ze sobą (gdyby skargi na wyrok z 14 lutego 2008 r. zostały oddalone, a na wyrok z 4 lipca 2008 r. odrzucone).

Zaznaczyć musi jednak Sąd Okręgowy, że nie może też podzielić stanowiska KIO wyrażonego w wyroku z 4 lipca 2008 r., że nie może orzekać w zakresie tych zarzutów gdyż były one już przedmiotem rozstrzygnięcia przed KIO. Otóż przedmiotem rozstrzygnięcia KIO z dnia 14 lutego 2008 r. było rozstrzygnięcie protestu Drager Polska spółki z o.o. **na czynności Akademii Medycznej z dnia 21 grudnia 2007 r.** polegające na wykluczeniu tego wykonawcy z postępowania i odrzuceniu jego oferty oraz wybór oferty Promed S.A.

Z kolei przedmiotem rozstrzygnięcia KIO w wyroku z dnia 4 lipca 2008 r. było rozstrzygnięcie protestu Drager Polska spółki z o.o. **na czynności Akademii Medycznej z**

dnia 30 maja 2008 r. polegające na wykluczeniu tego wykonawcy z postępowania i odrzuceniu jego oferty oraz wybór oferty Promed S.A. Czynności te były istotnie powzięte jako nakazane wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 lutego 2008 r. (KIO/UZP/59/08) i wyrokiem z dnia 16 maja 2008 r. (KIO/UZP/420/08) po uznaniu za nieważny wyniku z dnia 21 grudnia 2007 r. polegającego na odrzuceniu oferty Drager Polska spółki z o.o.

Zdaniem Sądu Okręgowego przedmiot rozstrzygnięcia w sprawie zawisłej przed KIO (i następnie przed Sądem Okręgowym) wyznaczają konkretne czynności Zamawiającego, których dotyczy postępowanie, a nie faktyczne uzasadnienie tych czynności. Otóż czynności rozpoznawane w sprawach zakończonych wyrokami KIO z 14 lutego 2008 r. i 4 lipca 2008 r. to zupełnie inne czynności. To, że zamawiający dwa razy sięgnął do tych samych okoliczności faktycznych nie oznacza, że przy rozpoznaniu odwołania (i skargi) od kolejnej czynności opartej na takich samych przesłankach faktycznych nie można ich ocenić.

Zdaniem Sądu Okręgowego rację ma zresztą skarżący wyrok z 4 lipca 2008 r. Drager Polska spółka z o.o. wskazując, że wadliwe jest, iż KIO nie zarzuca Zamawiającemu ponownego postawienia takich samych zarzutów wobec oferty Skarżącego, pomimo tego, że zarzuty te były już przedmiotem rozstrzygnięcia na korzyść Skarżącego, lecz zarzuca Skarżącemu, że podnosi on te same zarzuty w swoim odwołaniu, zupełnie nie uwzględniając faktu, że do takich działań Skarżący musiał sięgnąć na skutek działań Zamawiającego. To Zamawiający stawia te same zarzuty ofercie Drager Polska sp. z o.o., pomimo ich merytorycznego rozpoznania w wyroku KIO z 14 lutego 2008 r., tym samym powodując konieczność ponownego ustosunkowania się do nich przez Skarżącego.

Zdaniem Sądu Okręgowego skarżący Drager Polska sp. z o.o. ma rację wskazując, że KIO w zaskarżonym wyroku błędnie zinterpretowała art. 181 ust. 6 ustawy *Prawo zamówień publicznych*. Przepis ten zabrania bowiem korzystania ze środków ochrony prawnej wobec czynności wykonanych przez zamawiającego zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu. Celem tego przepisu jest jednak przeciwdziałanie przeciwko powtarzającym się protestom na wybór oferty najkorzystniejszej. Ocena ta powinna być w zasadzie przedmiotem tylko jednorazowego zaskarżenia przez wykonawców. Jeżeli bowiem protest wykonawcy na wybór oferty najkorzystniejszej zostanie ostatecznie rozstrzygnięty (bądź na etapie protestu, bądź na etapie odwołania) poprzez jego oddalenie, to powstaje stan ostatecznego rozstrzygnięcia protestu, który wyznacza koniec zakazu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego (art. 182 ust. 1). Jeżeli natomiast protest wykonawcy na wybór oferty najkorzystniejszej zostanie ostatecznie rozstrzygnięty (bądź na etapie protestu, bądź na etapie odwołania) poprzez jego uwzględnienie, to wykonawca, który złożył ofertę pierwotnie uznana za najkorzystniejsza, nie może protestować na czynność zamawiającego (ponowna ocenę ofert), wykonaną zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu, zapadłym w

postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu (art. 181 ust. 6). Jeżeli natomiast zamawiający dokona ponownie wyboru oferty na podstawie tych samych przesłanek to nie można odmówić prostującemu wcześniej wykonawcy prawa do wniesienia protestu. Gdyby przyjąć inny wariant należałoby uznać, że wykonawca związany jest nie tylko sentencją wcześniejszego wyroku KIO (w tej sprawie wyroku z 14 lutego 2008 r.), ale również i jego uzasadnieniem, a zatem nie mogłaby Akademia Medyczna dokonywać czynności w dniu 30 maja 2008 r. powołując się na wcześniejsze okoliczności.

Zaznaczyć należy, że w tej sprawie, Zamawiający nie dokonał czynności badania i oceny ofert zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu, w szczególności nie dokonał oceny ofert według wskazań, jakie zawiera uzasadnienie wyroku KIO z 14 lutego 2008 r. (na obowiązek uwzględnienia również uzasadnienia tego wyroku wskazuje wyraźnie KIO w uzasadnieniu wyroku z dnia 16 maja 2008 r.). Zaskarżone przez Drager Polska sp. z o.o. rozstrzygnięcie KIO prowadzi do uznania, że Zamawiający nie tylko może nie wykonać wyroku KIO. Rację ma skarżący wskazując, że negatywne konsekwencje takich działań powinien ponosić Zamawiający. W związku jednak z wyrokiem KIO z 4 lipca 2008 r.

konsekwencje działań Zamawiającego poniósł Skarżący, bo według wyroku KIO został pozbawiony środków ochrony prawnej na czynność Zamawiającego wykonaną niezgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu.

Zaznaczyć musi Sąd Okręgowy te okoliczności bo o ostatecznym oddaleniu skargi na wyrok KIO z 4 lipca 2008 r. decyduje prowadzenie postępowania dowodowego i ocena, że okoliczności faktyczne na których oparła się Izba przy wyrokowaniu z dnia 14 lutego 2008 r. prowadzą do innych wniosków. Ostatecznie więc - pomimo w części błędnego uzasadnienia - wyrok KIO z dnia 4 lipca 2008 r. odpowiada prawu i musi być utrzymany.

O kosztach Sąd orzekł w myśl przepisu art. 98 k.p.c. w związku z art. 108 § 1 k.p.c. oraz § 10 ust 1 pkt 4 I § 12 ust 1 pkt 1 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 roku w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu. Orzekając o kosztach uwzględnić musiał Sąd również art. 107 zdanie 3 k.p.c. Nie widzi bowiem Sąd szczególnej podstawy przyznania zwrotu kosztów interwenientom (a w tych rolach co do różnych skarg występowali uczestnicy Promed S.A. i Drager Polska sp. z o.o.) w sytuacji gdy w pismach swych w istocie odwoływali się do stanowiska zamawiającego i to stanowisko popierali.