/V

z

Sygn. akt X Ga 74/11

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 8 kwietnia 2011 r.

Sąd Okręgowy w Łodzi X Wydział Gospodarczy

w składzie:

Przewodniczący: SSO Krzysztof Wójcik

Sędziowie: SO Krystyna Szereda (ref.), SO Ryszard Badio

Protokolant st. sekr. sąd. Beata Kołaczyńska

po rozpoznaniu w dniu 8 kwietnia 2011r. w Łodzi

na rozprawie sprawy

ze skargi COVIMED spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie

z udziałem zamawiającego Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej Uniwersyteckiego Szpitala Klinicznego nr 1 im. N. Barlickiego Uniwersytetu Medycznego w Łodzi

oraz wykonawców przystępujących po stronie zamawiającego:

1) COVIDIEN POLSKA spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie,

2) JOHNSON & JOHNSON POLAND spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie

wniesionej od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej

z dnia 18 stycznia 2011 r., sygn. akt KIO 3/11

1. oddala skargę,

2. zasądza od COVIMED spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie na rzecz Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej Uniwersyteckiego Szpitala Klinicznego nr 1 im. N. Barlickiego Uniwersytetu Medycznego w Łodzi kwotę 1.200,00 zł (jeden tysiąc dwieście złotych) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu odwoławczym,

3. zasądza od COVIMED spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie na rzecz COVIDIEN POLSKA spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie kwotę 1.200,00 zł (jeden tysiąc dwieście złotych) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu odwoławczym,

4. zasądza od COVIMED spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie na *rzecz* JOHNSON & JOHNSON POLAND spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie kwotę 1.200,00 zł Qeden tysiąc dwieście złotych) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu odwoławczym.

'■ -3':. - ’ ’ ■ ■ ■ iWS

za zgodaoźić Jwiadcay:

X W

*Beatci **i** olnc2.yriAr~/3*

Sygn. akt X Ga 74/11

UZASADNIENIE

Wyrokiem z 18 stycznia 2011 roku, wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 3/11, Krajowa Izba Odwoławcza [dalej „KIO”] oddaliła odwołanie Covimed spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Uniwersytecki Szpital Kliniczny nr 1 im. Norberta Barlickiego Uniwersytetu Medycznego w Łodzi z siedzibą w Łodzi, przy udziale po stronie zamawiającego Covidien Polska spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie i Johnson & Johnson Poland spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (ust. 1 sentencji) i kosztami postępowania obciążył odwołującą (ust. 2 sentencji).

Powyższe rozstrzygnięcie KIO oparła na następujących ustaleniach faktycznych, które Sąd Okręgowy podziela i przyjmuje za własne. Zamawiający, w SIWZ m.in. wskazał, że trokary, będące przedmiotem postępowania, w zakresie Pakietu nr 1 muszą charakteryzować się 3-stopniowym zaworem do podłączenia CO_2, zaś w zakresie Pakietu nr 2 trokary mają umożliwiać insuflację i desuflację. Dodatkowo zamawiający udzielił pozytywnej odpowiedzi m.in. na pytanie, czy w Pakiecie nr 1 poz. a) i b) oraz poz. 2 przez trokar z 3-stopniowym zaworem do podłączenia CO_2 należy rozumieć trokar umożliwiający insuflację, blokadę przepływu gazu oraz desuflację CO_2 bez konieczności odłączania przewodu CO_2? (pytanie nr 7) oraz na prośbę o dopuszczenie w Pakiecie nr 2 poz. 1 trokara z głowicą z systemem insuflacyjno-desuflacyjnym i blokadą przepływu gazu (pytanie nr 5). Następnie zamawiający odrzucił ofertę skarżącej na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP,

wskazując jednocześnie podstawę faktyczną odrzucenia, na co ta wniosła odwołanie.

W oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, oświadczenia i stanowiska stron przedstawione podczas rozprawy, KIO uznała, że odwołanie nie jest zasadne i nie zasługuje na uwzględnienie. Odwołująca nie wykazała i nie potwierdziła w świetle zapisów SIWZ, że doszło do odrzucenia jej oferty w niniejszym postępowaniu z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP.

W zakresie Pakietu nr 1 wskazano, że zamawiający wymagał, aby trokary miały m.in. 3-stopniowy zawór do podłączenia CO2, zaś udzielając odpowiedzi na zadane pytania doprecyzował swoje wymagania poprzez wskazanie, iż zawór ten ma umożliwiać insuflację, blokadę przepływu gazu oraz desuflację COo bez konieczności odłączania przewodu CO2. Natomiast odwołująca dokumentami załączonymi do oferty nie wykazała rozwiązania technologicznego, które pozwalałoby na przeprowadzenie desuflacji bez odłączania przewodu CO_2 (sama w treści odwołania przyznała, iż desufiacja następuje poprzez zdjęcie głowicy zintegrowanej z uszczelkami i zaworem od kaniuli trokara - „szybka desufiacja"). Zdjęcie głowicy wiąże się z sytuacją w której przewód doprowadzający CO2 nie jest już podłączony do trokara, tylko pozostaje przymocowany do odłączonej głowicy, co w efekcie jest niczym innym jak odłączeniem przewodu CO2, który nie jest wówczas połączony z główną częścią trokara - kaniulą.

Z kolei w zakresie Pakietu nr 2 KIO wskazała, że zamawiający wymagał, aby trokar m.in. umożliwiał insuflację i desuflację, zaś w świetle odpowiedzi na zadane pytania doprecyzowano, że kaniula miała być połączona z niezależną zdejmowalną głowicą z systemem insuflacyjno-desuflacyjnym i blokadą przepływu gazu. Takiego systemu insuflacyjno-desuflacyjnego nie posiadał produkt odwołującej, ponieważ wymagane czynności nie mogły w nim nastąpić bez rozebrania trokara i usunięcia jednej z jego części lub też poprzez zdjęcie wężyka insuflacyjnego, który nie jest częścią oferowanego trokara, czego nie można nazwać systemem insuflacyjno-desuflacyjnym z powodu braku

operatora nad procesem uwalniania gazu, co jest niedopuszczalne podczas procedury operacyjnej.

Natomiast zarzuty że wybrany produkt nie miał możliwości desuflacji bez konieczności odłączania przewodu doprowadzającego CO? oraz naruszenia art. 29 PZP nie podlegały kognicji KIO, gdyż wartość przedmiotowego zamówienia nie przekraczała kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 PZP, tj. w dyspozycji art. 180 ust. 2 PZP.

O kosztach postępowania KIO orzekła stosownie do wyniku postępowania na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 PZP, obciążając nimi odwołującą.

Skargę na powyższe orzeczenie KIO wniosła Convimed spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (odwołująca), zaskarżając go w całości oraz żądając jej uwzględnienia i zmiany zaskarżonego wyroku poprzez nakazanie zamawiającemu uchylenia czynności dotyczącej odrzucenia oferty skarżącej w Pakiecie nr 1 pozycje la i 2 oraz w Pakiecie nr 2, dopuszczenia oferty skarżącej i ponownego dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty; nadto skarżąca wniosła o zasądzenie od zamawiającego zwrotu kosztów postępowania.

Zaskarżonemu orzeczeniu skarżąca zarzuciła naruszenie art. 7 ust. 1 i 3, art. 89 ust. 1 pkt 2 i art, 91 ust. 1, a także art. 38 ust. 3 i art. 87 ust. 1 PZP poprzez przyjęcie przez KIO, że: w Pakiecie nr 1 skarżąca złożonymi w postępowaniu dokumentami nie wykazała istnienia w oferowanych trokarach rozwiązania

technologicznego, które pozwalałoby na przeprowadzenie desuflacji bez odłączenia przewodu CO2, co pozwalało zamawiającemu przyjąć, iż produkt nie spełnia wymagań (ust. 1 zarzutów); w Pakiecie nr 2 trokar zaoferowany przez skarżącą nie posiada systemu insulfacyjno-desuflacyjnego, ponieważ wymagane czynności nie mogą nastąpić bez rozebrania trokara i usunięcia jednej z jego części lub poprzez zdjęcie wężyka insuflacyjnego, który nie jest częścią oferowanego trokara, czego nie można nazwać systemem insuflacyjno-

desuflacyjnym z powodu braku operatora nad procesem uwalniania gazu, co nie jest dopuszczalne podczas procedury operacyjnej (ust. 2 zarzutów); w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego zaistniały przewidziane przepisami ustawy PZP przesłanki do odrzucenia oferty skarżącej.

Skarżąca wniosła również o odpuszczenie dowodów m.in. z zeznań świadków: Przemysława Janczaka i Doroty Adamskiej (obu na okoliczność spełniania SIWZ przez jej trokary i że zamawiający używa ich powszechnie) oraz Agnieszki Światłowskiej (na okoliczność przyczyn odrzucenia oferty skarżącego), a także dowodu z oględzin przedmiotowych trokarów w celu wykazania, że są zgodne ze SIWZ; na tę samą okoliczność skarżąca zgłosiła wniosek o dopuszczenie dowodu z przesłuchania stron ograniczając go do skarżącej.

W uzasadnieniu pisma skarżąca wskazała, że przedmiotowy zapis SIWZ był sprzeczny z treścią art. 29 ust. 1 i ust. 2 PZP, bowiem faworyzował określone rozwiązania techniczne, a nadto zredagowany został niezgodnie z zasadami gramatyki języka polskiego, a więc zarówno w aspekcie technicznym jak i językowym wymagał interpretacji oraz wyjaśnień, ewentualnie sprostowania. Nadto skarżąca wskazała, że na rozprawie przed KIO oddalono jej wniosek o dokonanie prezentacji trokarów celem wykazania, że są one zgodne z SIWZ.

Przeciwnik skargi-Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Uniwersytecki Szpital Kliniczny nr 1 im. Norberta Barlickiego Uniwersytetu Medycznego w Łodzi z siedzibą w Łodzi wniósł o umorzenie postępowania, ew. o oddalenie skargi oraz o zasądzenie od skarżącej zwrotu kosztów zastępstwa procesowego wg norm przepisanych.

Johnson & Johnson Poland spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, zgłaszając swój udział w sprawie w charakterze

interwenienta ubocznego po stronie przeciwnika skargi, wniosła o umorzenie postępowania wywołanego skargą, ew. o jej oddalenie oraz o obciążenie skarżącego kosztami postępowania wg norm przepisanych.

W uzasadnieniu pisma wskazano, że umowa została przez interwenientkę z zamawiającym zawarta i jest realizowana, a więc orzekanie co do zarzutów jest bezprzedmiotowe. Merytorycznie w piśmie wskazano, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wystąpiły przesłanki odrzucenia oferty skarżącej. Zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 PZP nie był przedmiotem odwołania, a więc nie może być również przedmiotem skargi. Natomiast ocena oferowanych trokarów wymagała wiadomości specjalnych w zakresie chirurgii, a więc wniosek o ich oględziny na rozprawie przed KIO został zgłoszony jedynie dla zwłoki. Na koniec interwenientka wskazała, że trokary skarżącej nie spełniały wymogów SIWZ.

Również Covidien Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie zgłosiła swój udział w sprawie w charakterze interwenienta ubocznego po stronie przeciwnika skargi, żądając jej odrzucenia (podnosząc, że skarżąca nie przesłała tegoż pisma przystępującym po stronie zamawiającego), ew. oddalenia oraz zasądzenia od skarżącej zwrotu kosztów zastępstwa procesowego wg norm przepisanych; nadto wniosła o oddalenie, ew. pominięcie wniosków dowodowych skargi.

Sąd Okręgowy ustalił i zważył, co następuje

Skarga, jako niezasadna, podlega oddaleniu w całości.

Najdalej idącym zarzutem był zarzut niedoręczenia, równocześnie z wniesieniem skargi przez skarżącą jej odpisu interwenientkom ubocznym (przystępującym) po stronie przeciwnika skargi.

Zgodzić się należy z twierdzeniem, że skarżąca równocześnie z wniesieniem skargi nie doręczyła jej odpisu interwenientkom ubocznym po stronie przeciwnika skargi (k. 12 i 41), a nawet nie oznaczyła ich w komparacji skargi jako podmiotów niniejszego postępowania (k. 3). Jednocześnie sądowi znany jest pogląd - przywoływany prze jedną z interwenientek ubocznych - zgodnie z którym niedołączenie do skargi na orzeczenie zespołu arbitrów dowodu przesłania jej przeciwnikowi jest brakiem formalnym (vide uchwała SN z 8 grudnia 2005 roku wydanego w sprawie o sygn. akt III CZP 109/05, opubl. w: OSNC 2006, z. 11, poz. 182). Jednakże odpis niniejszego środka zaskarżenia skarżąca przesłała przeciwnikowi skargi, czym spełniła wymóg z art. 198b ust. 2 zd. I *in fine* KPC.

Jak wskazano w przywołanym orzeczeniu, skarga na orzeczenie KIO wniesiona na podstawie przepisów Prawa zamówień publicznych inicjuje postępowanie przed sądem powszechnym. Stroną takiego postępowania jest skarżący oraz przeciwnik skargi. Przepisy przywołanej ustawy nie dają podstawy do konstruowania postępowania ze skargi jako postępowania, w którym występuje mnogość stron. Oznacza to, że nie ma dostatecznego argumentu na rzecz założenia, iż przeciwnikiem skargi w rozumieniu art. 198b ust. 2 PZP jest także wykonawca, który przystąpił do postępowania odwoławczego przed KIO po stronie zamawiającego (vide uzasadnienie postanowienia SN z 19 czerwca 2007 roku wydanego w sprawie o sygn. akt III CZP 25/07, publ. w: *Lex* nr 306787).

Taki podmiot, który w postępowaniu odwoławczym złożył już pismo, z którego wynika, którą stronę i dlaczego popiera, aby brał udział w charakterze interwenienta ubocznego w postępowaniu przed sądem ze skargi na orzeczenie KIO, musi w procesie przed sądem zgłosić, iż dalej chce występować w tym samym charakterze (vide uzasadnienie uchwały SN z 7 grudnia 2007 roku wydanej w sprawie o sygn. akt III CZP 123/07, publ. w: *Lex* nr 322101). *A contrario* do czasu zgłoszenia swojego udziału w procesie podmiot, który

przystąpił do postępowania odwoławczego przed KIO po stronie zamawiającego, nie ma charakteru interwenienta ubocznego w postępowaniu przed sądem ze skargi na orzeczenie KIO. W okresie do takiego zgłoszenia udziału w sprawie do takiego podmiotu nie znajdują więc zastosowania przepis art. 75 i n. KPC w zw. z art. 198a ust. 2 KPC.

Zaś swój udział w sprawie w postępowaniu ze skargi na orzeczenia KIO spółka Johnson & Johnson zgłosiła dopiero w piśmie datowanym na 18 marca 2011 roku (k. 63), a spółka Cividien w piśmie datowanym na 24 marca 201 I roku (k. 86), gdy tymczasem przedmiotowa skarga została wniesiona już 7

lutego 2011 roku (por. pieczęć z adnotacją wpływu pisma do UZP uczynioną przez uprawnionego pracownika, tak zwana prezentata wpływu {k. 3}). Z tego względu na skarżącej nie spoczywał ciężar doręczenia odpisu skargi podmiotom, które na etapie postępowania przed KIO przystąpiły do postępowania odwoławczego po stronie przeciwnika skargi (vide uchwała SN z 24 lutego 2009 roku wydanego w sprawie o sygn. akt III CZP 147/08, opubl. w: OSNC 2009, z. 12, poz. 167).

Brak było również podstaw do umorzenia niniejszego postępowania.

Sądowi znane są poglądy orzecznictwa, zgodnie z którymi zawarcie przez zamawiającego z wykonawcą umowy i jej wykonanie stanowi przeszkodę w rozpoznaniu przez sąd skargi na orzeczenie zespołu arbitrów (vide uchwała SN z 4 października 2005 roku wydana w sprawie o sygn. akt III CZP 73/05, opubl. w: OSNC 2006, z. 7-8, poz. 121). Orzecznictwo wręcz wskazało, że dopiero stan całkowitego wykonania umowy przesądza o bezprzedmiotowości kontynuowania kontroli sądowej i uzasadnia umorzenie postępowania. Samo „wykonywanie" umowy, zawartej w postępowaniu o udzielenie zamówienia po ostatecznym rozstrzygnięciu protestu nie stanowi przeszkody w rozpoznaniu przez sąd skargi na wyrok KIO (vide uzasadnienie uchwały SN z 18 października 2007 roku wydanej w sprawie o sygn. akt III CZP 87/07, opubl. w:

OSNC 2008, z. 10, poz. 115). Wniosek taki petryfikuje treść art. 192 ust. 3 pkt 3 lit. b PZP w zw. z art. 198f ust. 2 zd. III PZP, zgodnie z którym jeżeli umowa została zawarta, w określonych warunkach, sąd może unieważnić umowę w zakresie zobowiązań niewykonanych.

Natomiast ani przeciwnik skargi, ani występująca po jego stronie w charakterze interwenientki ubocznej spółka Johnson & Johnson nie podnoszą, aby przedmiotowa umowa została w całości wykonana. Przeciwnik skargi ograniczył się jedynie do przywołania poglądów orzecznictwa (k. 97), natomiast interwenientka uboczna wskazała, że umowa Jest realizowana" (k. 64) - aspekt niedokonany (w przeciwieństwie do aspektu dokonanego - „zrealizowana"). Potwierdza to treść umowy nr 63/ZP/2010/2, zawartej między tymi podmiotami w ramach Pakietu nr 2 przedmiotowego zamówienia, w której § 2 ust. 1 wskazano, że dostawa rzeczy stanowiących przedmiot umowy będzie odbywał się w ciągu 12 miesięcy od dnia jej zawarcia, a więc skoro umowa została zawarta 1 lutego 2011 roku (k. 74), nie sposób przyjąć aby do dnia wyrokowania została wykonana w całości.

Należy więc przyjąć, że umowa nie została w całości wykonana, a co najwyżej jest wykonywana, a więc nie wystąpiła w sprawie okoliczność z art. 355 § I KPC w zw. z art. 391 § 1 zd. I KPC w zw. z art. 198a ust. 2 PZP.

Przechodząc do rozpoznania merytorycznych zarzutów skargi na wstępie należy zaznaczyć, że, oczywiście pomijając wniosek o dopuszczenie dowodu z akt KIO o sygn. KIO 3/11, pozostałe wnioski dowodowe skargi podlegały pominięciu.

Tezą większości z nich było wykazanie, że trokary skarżącej spełniały określone warunki SIWZ (z zeznań świadków: Przemysława Janczaka, Doroty Adamskiej, a także z przesłuchania stron z ograniczeniem do skarżącej i z oględzin urządzenia). Skoro jednakże spór w niniejszej sprawie zasadzał się na kwestii, czy trokary skarżącej charakteryzują się 3-stopniowym zaworem do

podłączenia CO2 (umożliwiającym insuflację, blokadę przepływu gazu oraz desuflację CO2 bez konieczności odłączania przewodu CO?) lub czy

umożliwiają insuflację i desuflację (mają system insuflacyjno-desuflacyjny z blokadą przepływu gazu), ustalenie tych okoliczności - w ocenie Sądu Okręgowego - wymagało wiadomości specjalnych w rozumieniu art. 278 § 1 KPC w zw. z art. 198a ust. 2 PZP.

Natomiast jednym z przejawów specyfiki dowodu z opinii biegłego jest to, że tenże środek dowodowy, z uwagi na składnik w postaci wiadomości specjalnych, nie może być zastąpiony inną czynnością dowodową. W szczególności dowód z opinii biegłego sądowego nie może być zastąpiony przesłuchaniem świadka i to niezależnie od wiedzy fachowej, jaką dysponuje świadek, który mógłby co najwyżej zakomunikować swoje spostrzeżenia dotyczące okoliczności faktycznych, zaś i tak biegły sądowy musiałby poddać te okoliczności ocenie fachowej (vide: teza z uzasadnienia wyroku SN z 29 listopada 2006 roku wydanego w sprawie o sygn. akt II CSK 245/06, publ. w: *Lex* nr 233063; teza z uzasadnienia wyroku SN z 24 listopada 1999 roku wydanego w sprawie o sygn. akt I CKN 223/98, publ. w: *Lex* 39411).

Natomiast w sytuacji zgłoszenia przez stronę wniosku nieprzydatnego dla ustalenia twierdzonych okoliczności faktycznych, wniosek taki winien zostać oddalony z uwagi na zgłoszenie środka dowodowego jedynie dla zwłoki w rozumieniu art. 217 § 2 KPC w zw. z art. 391 § 1 zd. 1 KPC oraz art. 198a ust. 2 PZP (vide: teza z uzasadnienia wyroku SN z 7 marca 2001 roku wydanego w sprawie o sygn. akt I PKN 285/00, opubl. w: OSNP 2003, z. 2, poz. 28; teza z uzasadnienia wyroku SN z 15 października 1999 roku wydanego w sprawie o sygn. akt I PKN 316/99, opubl. w: OSNP 2001, z. 5, poz. 151; teza z uzasadnienia wyroku SN z 30 maja 2007 roku wydanego w sprawie o sygn. akt IV CSK 41/07, publ. w: *Lex* nr 346211).

Z analogicznych względów jak powyżej, nie może być uznane za naruszenie procedury nieuwzględnienie przez KIO wniosku skarżącej zawartego w odwołaniu o „dopuszczenie możliwości wykonania prezentacji" przedmiotowych trokarów.

Natomiast wniosek o dopuszczenie dowodu z zeznań świadka Agnieszki Światłowskiej dotyczył ustalenia faktów niemających istotnego znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy w rozumieniu art. 227 KPC. Został on bowiem zgłoszony na okoliczność przyczyn odrzucenia oferty skarżącego, zaś te zostały już uzewnętrznione w stosownych pismach. W konsekwencji należało go uznać za zmierzający jedynie do zwłoki postępowania, co z kolei pozwalało pominąć ten środek dowodowy zgodnie z treścią art. 217 § 2 KPC w zw. z art. 391 § 1 zd. I KPC oraz art. 198a ust. 2 PZP (vide teza z uzasadnienia wyroku SN z 13 lutego 1997 roku wydanego w sprawie o sygn. akt 1 PKN 71/96, opubl. w: OSNP 1997, z. 19, poz. 377).

Jeśli zaś skarżąca powyższym środkiem miała zamiar dowodzić, iż rzeczywiste przyczyny odrzucenia jej oferty były inne, niż prezentowane w niniejszym postępowaniu, to należy zaznaczyć, że takiego zrzutu skarżąca nie podniosła w odwołaniu (k. 1-5 akt KIO o sygn. KIO 3/11). Z tego względu był on niedopuszczalny w postępowaniu z przedmiotowej skargi (por. art. 198f ust. 4 PZP).

Już z powyższych rozważań pośrednio wynika, że nieudowodnione są merytoryczne zarzuty skargi, a więc że środek zaskarżenia nie jest zasadny.

Jak bowiem zasadnie zważyła KIO, przesądzające w niniejszej sprawie było, czy przeciwnik skargi w sposób prawidłowy dokonał oceny oferty skarżącej i w konsekwencji czy zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP dokonał odrzucenia oferty. Skoro zaś przywołany przepis nakazuje zamawiającemu

odrzucić ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych

warunków zamówienia, istotne w sprawie było, czy trokary skarżącej spełniały wymogi SIWZ. Jednakże żadnego dowodu mogącego posłużyć ustaleniu tej okoliczności (wymagającej wiadomości specjalnych), skarżąca nie przedstawiła sądowi.

Jednocześnie sąd nie był władny samodzielnie dokonać ustalenia, czy trokary skarżącej spełniają wymogi SIWZ, albowiem - jak już wskazano - ustalenie tej okoliczności wymagało wiadomości specjalnych w rozumieniu art. 278 § 2 KPC w zw. z art. 198a ust. 2 PZP. Natomiast, co jest szczególnie istotne z uwagi na wniosek o dokonanie przez sąd oględzin trokarów, nie jest dopuszczalne zastępowanie biegłych sądowych w ustalaniu wiadomości wymagających wiadomości specjalnych przez sąd, *notabene* ujmowany jako najwyższy biegły i to niezależnie od merytorycznych kwalifikacji osób wchodzących w skład sądu (vide: teza z uzasadnienia wyroku SN z 2ó października 2006 roku wydanego w sprawie o sygn. akt I CSK 166/06, publ. w: *Lex* nr 209297; teza z uzasadnienia wyroku SN z 23 maja 1986 roku wydanego w sprawie o sygn. akt IV CR 116/86, publ. w: *Lex* nr 8760; teza z uzasadnienia wyroku SN z 29 listopada 2006 roku wydanego w sprawie o sygn. akt II CSK 245/06, publ. w: *Lex* nr 233063). Innymi słowy naruszeniem w szczególności dyspozycji art. 278 § 1 KPC i art. 233 § 1 KPC byłoby dokonanie samodzielnie przez sąd, bez zasięgnięcia opinii biegłego sądowego, oceny merytorycznych zarzutów skarżącej. Ta zaś nie zgłosiła wniosku o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego sądowego.

W tym miejscu na marginesie można wskazać, że sąd nie znalazł podstaw do dopuszczania z urzędu dowodu z opinii biegłego sądowego. W stanie prawnym, gdzie wprowadzono dominację zasady kontradyktoryjności i zniesiono zasadę odpowiedzialności sądu za wynik postępowania dowodowego, więc gdy ustawodawca zrezygnował z zasady prawdy obiektywnej do ustalenia której dążyć winien był sąd (vide: teza z uzasadnienia wyroku SN z 7 października 1998 roku wydanego w sprawie o sygn. akt II UKN 244/98, opubl. w: OSNP 1999, z. 20, poz. 662; teza z uzasadnienia wyroku SN z 16 grudnia 1997 roku wydanego w sprawie o sygn. akt II UKN 406/97, opubl. w: OSNP 1998, z. 21, poz. 643; teza z uzasadnienia wyroku S.A. w Katowicach z 27 maja 2008 roku wydanego w sprawie o sygn. akt V ACa 175/08, publ. w: *Lex* nr 465069), dopuszczenie z urzędu tego dowodu mogło być odczytane jako prowadzące do naruszenia prawa do bezstronnego sądu i obowiązku przestrzegania zasady równego traktowania stron z art. 32 ust. 1 i art. 45 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej (vide: teza z uzasadnienia wyroku SN z 12 grudnia 2000 roku wydanego w sprawie o sygn. akt V CKN 175/00, opubl. w: OSP 2001, z. 7-8, poz. 116; teza z uzasadnienia wyroku SN 3 kwietnia 2003 roku wydanego w sprawie o sygn. akt II PK 223/02, publ. w: *Lex* nr 190750; teza z uzasadnienia wyroku SN z 23 października 2007 roku wydanego w sprawie o sygn. akt III CSK 108/07, publ. w: *Lex* nr 358857). Dodatkowym argumentem przeciw dopuszczeniu tego dowodu z urzędu był fakt, że strony były w postępowaniu ze skargi na orzeczenie KIO reprezentowane przez profesjonalnych pełnomocników (tak S.A. w Katowicach w wyroku z 27 maja 2008 roku wydanym w sprawie o sygn. akt V ACa 175/08, publ. w: *Lex* 465069).

Ergo skarżąca nie udowodniła, aby przeciwnik skargi, odrzucając jej ofertę, naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 *in principio* PZP - nie udowodniła, że oferowane przez nią trokary spełniały wymogi SIWZ.

Natomiast art. 6 KC, statuujący ciężar udowodnienia faktu, należy rozumieć nie tylko jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania sądu dowodami o słuszności swoich twierdzeń, ale przede wszystkim jako nakaz obciążenia jej konsekwencjami poniechania realizacji tego obowiązku lub jego

nieskuteczności. Tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik procesu (vide teza z uzasadnienia wyroku SN z 7 listopada 2007 roku wydanego w sprawie o sygn. akt II CSK 293/07, publ. w: *Lex* nr 487510).

Zasadnie więc do analogicznego wniosku doszła KIO oddalając odwołanie.

W konsekwencji bez znaczenia dla sprawy pozostały zarzuty naruszenia przez przeciwnika skargi dyspozycji art. 38 ust. 3 PZP (poprzez zaniechanie zwołania zebrania wszystkich wykonawców) i art. 87 ust. 1 PZP (poprzez zaniechanie zwrócenia się o wyjaśnienia w zakresie insuflacji-desuflacji). Skoro bowiem skarżąca nie udowodniła, że jej produkt spełniał wymagania SIWZ, nawet uwzględnienie tych zarzutów nie mogło, w myśl art. 198f ust. 2 PZP (a w szczególności jego zd. IV), skutkować uwzględnieniem skargi.

Pozostałe zarzuty były niedopuszczalne. Skoro bowiem bezsporne było (skarżący w zakresie takiego ustalenia KIO nie podnosił zarzutu), że z uwagi na wartość zamówienia w sprawie zastosowanie znajdował art. 180 ust. 2 PZP, to w sprawie odwołanie do KIO przysługiwało wyłącznie wobec czynności: (pkt I) wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę; (pkt 2) opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu; (pkt 3) wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia; (pkt 4) odrzucenia oferty odwołującego.

Oznacza to, że zarzuty dotyczące opisu przedmiotu zamówienia nie mogły - zgodnie z art. 198f ust. 4 PZP - stanowić przedmiotu rozpoznania sądu w postępowaniu ze skargi na orzeczenie KIO.

Zakresem zaskarżenia skarżąca objęła także rozstrzygnięcie przez KIO o kosztach procesu, nie podnosząc w tym zakresie jednak samodzielnych zarzutów.

Pamiętając, że powyższe rozstrzygnięcie jest akcesoryjne formalnie do rozstrzygnięcia o żądaniu głównym, bezzasadność skargi na orzeczenie KIO w zakresie oddalenia odwołania, w sytuacji, gdy KIO o kosztach postępowania z odwołania orzekła na podstawie art. 192 ust. 10 PZP obciążając nimi skarżącą-odwołującą, musi skutkować uznaniem skargi za bezzasadną także w zakresie zaskarżenia, zawartego w ust. 2 wyroku KIO, postanowienia o kosztach postępowania z odwołania przed KIO.

Mając na uwadze powyższe - na podstawie art. 385 KPC w zw. z art. 198a ust. 2 PZP - sąd oddalił skargę mocą ust. 1 sentencji wyroku.

O kosztach postępowania ze skargi na wyrok KIO sąd rozstrzygnął na podstawie art. 198f ust. 5 PZP, zgodnie z którym strony ponoszą koszty postępowania stosownie do jego wyniku.

Powyższe znajduje uzasadnienie w fakcie, że środek zaskarżenia skarżącej, zgodnie z wnioskiem przeciwniczki skargi i występujących po jej stronie interwenientek ubocznych, został oddalony. To więc skarżąca uległa w postępowaniu ze skargi na orzeczenie KIO w całości i to ją winny ostatecznie obciążać koszty tej fazy procesu, w tym koszty przeciwnika skargi. Natomiast

za obciążeniem skarżącej kosztami interwenientek ubocznych po stronie przeciwnika skargi - zgodnie z art. 107 zd. III KPC w zw. z art. 198a ust. 2 PZP - przemawiały funkcje kosztów sądowych, a mianowicie funkcja społeczna, która oznacza wpływ, jaki koszty postępowania wywierają na życie społeczne m.in. w sensie pozytywnym, tj. choćby przez ograniczenie pieniactwa i szykanowania przeciwnika (vide pkt. III.7.2 uzasadnienia wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 17 listopada 2008 roku wydanego w sprawie o sygn. akt SK 33/07, opubl. w: OTK-A 2008, z. 9, poz. 154).

Jedynym kosztem procesu, jaki ponieśli: przeciwnik skargi i przystępujące po jego stronie interwenientki uboczne, był koszt zastępstwa procesowego w postaci wynagrodzenia pełnomocnika (k. 99, 130 i akta KIO o sygn KIO 3/11, k. 53) w wysokości 1.200 zł (por.: § 11 ust. 1 pkt 4 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 28 września 2002 roku w sprawie

opłat za czynności adwokackie oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu {Dz. U. Nr 163, poz. 1348, ze zm.} oraz § 10 ust. 1 pkt 4 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 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 {Dz. U. Nr 163, poz. 1349, ze zm.} w zw. z § 5 każdego z tych rozporządzeń).

Natomiast w sprawie brak było podstaw do potraktowania opłat skarbowych od złożenia dokumentów stwierdzających udzielenie pełnomocnictwa w postępowaniu sądowym przed Sądem Okręgowym przez przeciwnika skargi (k. 100) oraz interwenientki uboczne: spółkę Johnson & Johnsonm (k. 151) i spółkę Covidien (k. 153) jako koszty niezbędne do celowej obrony. W sytuacji bowiem, gdy stosowne pełnomocnictwa „procesowe" podmioty te już udzieliły w toku postępowania przed KIO (k. 5 1-58 akt KIO o sygn. KIO 3/11), nie może być uznane za niezbędny koszt procesu udzielenie nowego pełnomocnictwa na kolejnym etapie postępowania, a w każdym razie nie jest to niezbędne w stopniu uzasadniającym obciążenie strony przeciwnej tym kosztem procesu.

Mając na uwadze powyższe - art. 108 § 1 zd. I KPC oraz art. 109 § 2 KPC w zw. z art. 198a ust. 2 PZP i z przywołanymi przepisami - sąd postanowi! zasądzić od skarżącej na rzecz przeciwnika skargi (ust. 2 sentencji wyroku) oraz interwenientek ubocznych po stronie przeciwnika skargi (ust. 3 i 4 sentencji wyroku) kwotę po 1.200 zł tytułem zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w postępowaniu ze skargi na orzeczenie KIO.

fej