

**WYROK**  
**z dnia 10 stycznia 2019 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki**

**Protokolant: Marcin Jakóbczyk**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 stycznia 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 grudnia 2018 r. przez wykonawcę **Blue-Box sp. z o.o. w Białymstoku**

w postępowaniu prowadzonym przez **Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny nr 1 w Lublinie SPZOZ z siedzibą w Lublinie**

**orzeka:**

1. **uwzględnia częściowo odwołanie i nakazuje zamawiającemu wykonanie czynności modyfikacji postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w zakresie zadania 1, przez:**
  - a) **usunięcie z opisu przedmiotu zamówienia nazw, znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, o których mowa w art. 29 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, albo**
  - b) **albo, jeżeli opisanie przedmiotu zamówienia w sposób określony w pkt 1a jest uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, przez dopuszczenie zaoferowania rozwiązań równoważnych i opisanie parametrów równoważności, których wykazanie spowoduje, że zamawiający uzna rozwiązanie równoważne,**
2. **w pozostałym zakresie oddala odwołanie,**
3. **kosztami postępowania obciąża Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny nr 1 w Lublinie SPZOZ z siedzibą w Lublinie w części 1/2 i wykonawcę Blue-Box sp. z o.o. w Białymstoku w części 1/2 i:**
  - 3.1. **zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Blue-Box sp. z o.o. w Białymstoku tytułem wpisu od odwołania,**

- 3.2. zasądza od **Samodzielnego Publicznego Szpitala Klinicznego nr 1 w Lublinie SPZOZ z siedzibą w Lublinie** na rzecz wykonawcy **Blue-Box sp. z o.o. w Białymstoku** kwotę **7.500 zł 00 gr** (słownie: siedmiu tysięcy pięciuset złotych zero groszy).

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Lublinie**.

**Przewodniczący:** .....

### **Uzasadnienie**

Zamawiający – Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny nr 1 w Lublinie SPZOZ z siedzibą w Lublinie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „zakup 2 szt. kolumn wideoskopowych-laparoskopowych z wyposażeniem, 2 szt. aparatów do elektrochirurgii, 2 szt. aparatów do elektrochirurgii z opcją koagulacji mono- i bipolarnej, 1 zestawu narzędzi do operacji laparoskopowych, histeroskopowych oraz otwartych, 1 szt. wieży histeroskopowej, 1 generatora – noża harmonicznego, 1 szt. aparatu do fototerapii dynamicznej, 1 szt. USG, 1 szt. USG 3D, 1 szt. USG przenośnego, 2 szt. wideokolposkopów z funkcją archiwizacji obrazu, 20 szt. łóżek pacjenta wraz z szafkami przyłóżkowymi, 4 szt. wózków funkcyjnych: opatrunkowy, do wożenia pacjentów siedzących, leżących, leżanki, 3 szt. foteli ginekologicznych sterowanych elektrycznie w 3 kierunkach, 2 szt. aparatów EKG, 1 zestawu urządzeń – pomp infuzyjnych, 5 szt. systemów ogrzewania śródoperacyjnego pacjenta dla potrzeb Bloku Operacyjnego i Kliniki Ginekologii Onkologicznej i Ginekologii oraz 3 szt. foteli ginekologicznych sterowanych elektrycznie w 3 kierunkach dla potrzeb Kliniki Położnictwa i Patologii Ciąży w ramach Projektu dofinansowania nr POIS.09.02.00-00-0086/17 pn. "Doposażenie jednostek klinicznych, zajmujących się leczeniem i diagnostyką chorób układu oddechowego, kostno-stawowo-mięśniowego oraz w zakresie ginekologii, położnictwa i neonatologii w SPSK Nr 1 w Lublinie”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 12 grudnia 2018 r., nr 2018/S 239-545535. W tej samej dacie zamawiający opublikował treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Wobec:

- 1) czynności opisanego przedmiotu zamówienia w zakresie zadania 1,
- 2) czynności opisanego kryteriów oceny ofert,

odwołujący wniósł 23 grudnia 2018 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 29 ust. 2 i 3 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 7 ust. 1 w związku z art. 91 ust. 3 ustawy Pzp, w związku z podjęciem przez zamawiającego czynności do których nie był on uprawniony oraz nie podjęciem przez niego czynności do których był on zobowiązany, w świetle przepisów ustawy Pzp tj.:

- a) opisując w zakresie zadania nr 1 (załączniki 1A\_1-4) w sposób zbyt rygorystyczny, w stosunku do swoich zobiektywizowanych potrzeb, wymagania techniczne odnoszące się do przedmiotu zamówienia, a rygoryzm ten promuje produkty dystrybuowane przez konkretne podmioty (firmy). Dotyczy pozycji gdzie w kolumnie nr 7 załączników nr 1A\_1-4 zamawiający wskazuje na opis przedmiotu zamówienia pod konkretne urządzenie konkretnego producenta dopuszczając składanie ofert „równoważnych”,
- b) opisując w zakresie zadania nr 1 (załączniki nr 1 A\_1-4) przedmiot zamówienia przez wskazanie nazw, znaków towarowych lub typów produktów, norm czy certyfikatów, co może doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów, pomimo braku występowania przesłanek z art. 29 ust. 3 ustawy Pzp, tj. niemożności opisanie przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń. Dotyczy pozycji gdzie w kolumnie nr 7 załączników nr 1A\_1-4 zamawiający wskazuje na opis przedmiotu zamówienia pod konkretne urządzenie konkretnego producenta dopuszczając składanie ofert „równoważnych”,
- c) w sposób nieuprawniony definiując w zakresie zadania nr 1 (załączniki 1A\_1-4) pojęcie „ofert równoważnej” pozornie jedynie dopuszczając rozwiązania równoważne przez zastrzeżenie, że zapewniać one muszą uzyskanie parametrów technicznych (wszystkich) równych lub wyższych od określonych w dokumentacji postępowania,
- d) takiego określenia punktacji dla zadania nr 1 (załączniki nr 1A\_1-4) w kryterium oceny ofert pn.: „Parametry techniczne aparatów P - 20%”, że preferuje to urządzenia konkretnych dystrybutorów/producentów a dyskryminuje (w sposób nieproporcjonalny) innych mogących zaoferować urządzenia równoważne pod względem technologicznym i funkcjonalnym do tych opisanych w SIWZ w formie wskazania ich nazw, znaków towarowych lub typów produktów, norm czy certyfikatów, przez co naruszone zostały zasady: uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz proporcjonalności i przejrzystości.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- a) dokonania, w zakresie zadania Nr 1, załączniki Nr 1 A\_1-4, modyfikacji opisu przedmiotu zamówienia przez usunięcie, nazw, znaków towarowych lub typów produktów, norm, certyfikatów itp. wskazujących na konkretne urządzenia konkretnych producentów, zastępując je obiektywnie niezbędnymi dla zamawiającego parametrami technicznymi oraz normami, które nie będą odpowiadały z góry określonym produktom określonych producentów. Dotyczy pozycji gdzie w kolumnie nr 7 załączników nr 1A\_1-4 zamawiający

wskazuje na opis przedmiotu zamówienia pod konkretne urządzenie konkretnego producenta dopuszczając składanie ofert „równoważnych”,

- b) w sytuacji gdy jest to obiektywnie uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, aby podana została przez zamawiającego w zakresie treści rozdziału III, pkt. 4, 5 i 6, str. 4 SIWZ oraz załączników nr 1A\_1-4, zmieniona definicja „równoważności” uwzględniająca zasadę uczciwej i efektywnej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, obejmująca jedynie taki zakres przedmiotu zamówienia do którego odnoszą się przesłanki z art. 29 ust. 3 ustawy Pzp, z podaniem dopuszczalnego maksymalnie przedziału dla konkretnych parametrów przedmiotu zamówienia i zastrzegająca jako tożsame z referencyjnymi tylko takie parametry, które są obiektywnie niezbędne zamawiającemu, a ich brak spowoduje, że oferowany przedmiot zamówienia będzie mu nieprzydatny (bezużyteczny),
- c) dokonania, w zakresie zadania nr 1, załączniki Nr 1A\_1-4, modyfikacji opisu zasad punktacji/oceny w kryterium pn.: „Parametry techniczne aparatów P - 20%” w zakresie Rozdz. XIV pkt A. d) str. 12 SIWZ oraz załączników do SIWZ Nr 1A\_1-4, kolumna nr 5 - parametr oceniany, w taki sposób aby nie było to podyktowane jak obecnie tylko preferowaniem z góry wybranych przez siebie urzędzeń, konkretnych dystrybutorów/producentów lecz zobiektywizowaną kalkulacją „opłacalności” jednych rozwiązań nad innymi przy zachowaniu zasady proporcjonalności przyznawania konkretnej liczby punktów.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podniósł, że zgodnie z dyspozycją wskazaną w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, kluczowym dla zasad na jakich oparte winny być wszelkie czynności zamawiającego w procedurze o zamówienie publiczne, tak aby jej przygotowanie i przeprowadzenie stało w zgodzie z ratio legis ustawodawcy, jest zachowanie realnej (efektywnej) a nie iluzorycznej uczciwej konkurencji, rzeczywistego równego traktowania wykonawców oraz zachowanie proporcjonalności i przejrzystości podejmowanych przez zamawiającego czynności, gdzie ograniczenia dla potencjalnych wykonawców wynikają nie z chęci obejścia przepisów ale zobiektywizowanych (realnych) potrzeb danego zamawiającego. Powyższe w szczególności dotyczy, tak niewrażliwych dla każdej opartej o konkurencyjność procedury o zamówienie publiczne elementów postępowania jak opis przedmiotu zamówienia oraz kryteria oceny ofert.

Odwołujący argumentował, że wskazane przez ustawodawcę w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zasady mają zapobiegać stawianiu nadmiernych i nieuzasadnionych wymogów, które utrudniałyby dostęp do zamówienia i tym samym ograniczały albo eliminowały konkurencyjność postępowania czyniąc ją pozorną i niewydolną. Jednocześnie dużą wagę

ustawodawca przykłada do przestrzegania zasady proporcjonalności, nakazującej zamawiającemu podejmować działania i stawiać wymogi potencjalnym wykonawcom adekwatne do przedmiotu i zakresu zamówienia a nie jedynie matematycznie wyliczonych wzorów.

Odwołujący wskazywał, że ustawodawca pozostawił co prawda zamawiającemu możliwość precyzowania przedmiotu zamówienia w sposób chroniący jego interes ale interes zobiektywizowany, co oznacza, że podmiot dokonujący zakupów określonego rodzaju dostaw, usług lub robót budowlanych ma nie tylko przywilej ale bezwzględny obowiązek, przy dokonywaniu opisu przedmiotu zamówienia czy też ustalania zasad oceny ofert (kryteriów oceny ofert), uwzględnić generalne wymogi wynikające z przepisów ustawy Pzp zawartych w art. 7, art., 29 ust. 1-3 czy art. 91 ust. 3. Odwołujący podnosił, że jakkolwiek zamawiający jest gospodarzem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tak nie dysponuje niczym nieograniczonym prawem opisanie przedmiotu zamówienia wedle własnych preferencji. Po pierwsze - sposób sformułowania opisu przedmiotu zamówienia odpowiadać musi wymogom określonym w przepisie art. 29 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, po drugie zaś - opis przedmiotu zamówienia nie może, zgodnie z przepisem art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, naruszać uczciwej konkurencji, przy czym wystarczające do stwierdzenia naruszenia ww. regulacji jest chociażby uprawdopodobnienie tej okoliczności. Wspomniany zakaz należy rozumieć w ten sposób, że zamawiający uprawniony jest wyłącznie do takiego scharakteryzowania przedmiotu zamówienia, które odpowiada jego rzeczywistym i uzasadnionym potrzebom. Zamawiający, czy to w postępowaniu odwoławczym, którego przedmiotem jest kontrola przez Izbę prawidłowości opisu przedmiotu zamówienia, czy to w postępowaniu kontrolnym, powinien być w stanie wykazać jakimi uzasadnionymi potrzebami kierował się konstruując opis przedmiotu zamówienia w określony sposób.

Odwołujący podniósł, że zgodnie z art. 29 ust. 2 ustawy Pzp przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Wskazany przepis służy realizacji ustawowej zasady uczciwej konkurencji (a w konsekwencji - m.in. zasady równego dostępu do zamówienia) wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Naruszenie zasady wynikającej z art. 29 ust. 2 ustawy Pzp może mieć charakter bezpośredni (jeśli zamawiający wprost stosuje nazwy własne wskazujące konkretnego wykonawcę lub produkt) lub pośredni (jeśli nazwy własne nie zostają wskazane, ale szczegółowy opis parametrów wskazuje na jeden konkretny produkt), a z takim właśnie zachowaniem zamawiającego w ww. zamówieniu przetargowym mamy do czynienia. Dotyczy to wszystkich bez wyjątku parametrów z załączników nr 1A\_1-4 gdzie sam zamawiający w rubryce nr 7 dopuszcza rozwiązania/oferty „równoważne”, mając świadomość, że opisał w tych miejscach przedmiot zamówienia przez wskazanie na konkretny produkt/urządzenie. Z tym jednak zastrzeżeniem, że umieszczona w SIWZ przez zamawiającego (Rozdz. III, pkt. 4,5 i 6, str. 4) definicja

„równoważności” (mająca w zamyśle wskazywać na przestrzeganie zasad udzielania zamówień publicznych) ma jedynie pozory „konkurencyjności” i z całą pewnością uniemożliwia złożenie „ofert równoważnych” o jakie chodzi ustawodawcy, gdyż zamawiający w opisywanym przypadku wymaga aby były one o takich samych lub lepszych parametrach niż te „referencyjne”, których żąda zamawiający.

Według odwołującego tak sformułowana przez zamawiającego definicja „równoważności”, po pierwsze każe potencjalnym wykonawcom albo poszukiwać urządzeń tożsamyh (identycznych) w zakresie prezentowanych (z tymi preferowanymi przez zamawiającego) cech, co choćby ze względu na ochronę patentową jest nierealne, albo proponuje wykonawcom zaoferowanie urządzeń o klasę lub dwie wyższych gdzie efektywna konkurencyjność w przedmiotowym postępowaniu, biorąc pod uwagę kryteria oceny ofert, staje się czystą abstrakcją. Zdaniem odwołującego w przypadku dopuszczenia rozwiązań „równoważnych”, zamawiający winien sprecyzować, jakie cechy zamawianego produktu mają dla niego walor „równoważny” i które będą brane pod uwagę przy jej ocenie. Określenie, że zamawiający „dopuszcza oferowanie rozwiązań równoważnych pod warunkiem, że zapewnią uzyskanie parametrów technicznych równych lub wyższych od określonych w dokumentacji” nie spełnia przesłanek ustawowych pojęcia „równoważności” i daje zamawiającemu nieograniczone i arbitralne pole do oceny tej równoważności.

Według odwołującego dla zastosowania przez zamawiającego uprawnień z art. 29 ust. 3 ustawy Pzp nie jest wystarczające wskazanie określenia „lub równoważne” w sytuacji opisu przedmiotu zamówienia wskazującego konkretny produkt czy usługę, lecz należy dokładnie określić, co zamawiający uznaje za rozwiązanie równoważne (np. przedział ściśle określonych, istotnych i zobiektywizowanych parametrów, sposobu zastosowania, określoną funkcjonalność, a wszystko to w zakresie zobiektywizowanych potrzeb zamawiającego). Niezbędne jest zatem wskazanie takich kryteriów równoważności, dzięki którym wykonawca i zamawiający w oparciu o metodę zerojedynkową będą w stanie ocenić, czy dane rozwiązanie spełnia istotne, zobiektywizowane i wymagane przez zamawiającego parametry, a w konsekwencji stwierdzić, czy nosi przymiot urządzenia równoważnego. Ponadto, uznaje się, że jeżeli zamawiający wprawdzie dopuszcza urządzenia równoważne, niemniej takie, które jest całkowicie zgodne pod względem wszystkich parametrów i funkcjonalności z urządzeniem określonego producenta lub określonego modelu, to mamy do czynienia jedynie z równoważnością iluzoryczną, pozorną - takie zaś rozwiązanie jest na gruncie przepisów ustawy Pzp niedopuszczalne.

Odwołujący argumentował, że obowiązkiem zamawiającego jest opisanie, w jaki sposób będzie oceniał taką równoważność, gdyż wiadome jest, że produkt równoważny nie będzie identyczny, tożsamy z produktem referencyjnym, ale ma posiadać pewne zbliżone do niego cechy i parametry, które winien wskazać zamawiający. Z kolei wymaganie tożsamości

i identyczności z produktem o wskazanym pochodzeniu oznaczałoby, że dopuszczenie produktu równoważnego ma charakter pozorny, a taki opis przedmiotu zamówienia może utrudniać uczciwą konkurencję, co stanowiłoby naruszenie art. 29 ust. 3 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazywał, że kryteria oceny ofert są jednym z najistotniejszych elementów zarówno SIWZ jak i ogłoszenia o zamówieniu. Zgodnie z brzmieniem z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp to zamawiający odpowiada za dobór kryteriów w postępowaniu o udzielenie zamówienia, który to dobór ma pozwolić zamawiającemu na dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej, optymalnej i pozwalającej na uzyskanie świadczenia odpowiadającego zobiektywizowanym potrzebom zamawiającego. Zasadą jest, że kryteria jakie stosuje dany zamawiający muszą być obiektywne i niedyskryminacyjne jak również nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy (art. 91 ust. 3 ustawy Pzp). Z istoty kryteriów oceny ofert wynika więc, że mają one prowadzić do wyboru oferty najkorzystniejszej (art. 91 ust. 1 w zw. z art. 2 pkt 5 ustawy Pzp), wobec czego przyznawanie punktów w poszczególnych kryteriach musi być wyrazem stwierdzenia konkretnej przewagi oferty najwyżej w danym kryterium ocenionej nad pozostałymi.

Odwołujący wskazywał, że kryteria te powinny zapewniać zgodność oceny z zasadami przejrzystości, niedyskryminacji, równego traktowania oraz gwarantować, że oferty będą oceniane w warunkach efektywnej konkurencji. Z powyższych cech wyprowadzić należy bodaj najważniejszą, logicznie z nich wypływającą cechę - obiektywizm. Kryteria bowiem muszą służyć ocenie dokonywanej wedle ustalonego, zakomunikowanego uczestnikom postępowania wzorca i zapewniać obiektywny miernik analizowanej cechy oferowanego przedmiotu lub usługi.

Odwołujący wskazał, że podobnie zauważył ETS w wyroku z dnia 4 grudnia 2003 r. w sprawie C-448/01 EVN AG i Wienstrom GmbH przeciwko Republik Österreich, gdzie czytamy, że instytucja zamawiająca dysponuje nie tylko swobodą określania kryteriów oceny ofert, lecz również swobodą określania ich znaczenia, pod warunkiem jednak, że wagi przypisane poszczególnym kryteriom służą wyborowi oferty obiektywnie najkorzystniejszej w świetle przyjętych kryteriów. A jak w świetle powyższego zachował się zamawiający konstruując w przedmiotowym postępowaniu kryterium pn.: „Parametry techniczne aparatów P - 20%”? Patrząc na ujawnione, w zakresie Rozdz. XIV pkt A. d) str. 12 SIWZ oraz załączników do SIWZ Nr 1A\_1-4, kolumna nr 5 - parametr oceniany, zasady przyznawania punktów w tym kryterium zauważyć należy, że zamawiający preferuje z góry wybrane przez siebie urządzenia konkretnych dystrybutorów/producentów, gdyż maksymalnie punktuje rozwiązania technologiczne tylko im właściwe, a dyskryminuje punktowo (w sposób nieproporcjonalny) inne rozwiązania równoważne pod względem funkcjonalnym do tych opisanych w SIWZ w formie wskazania ich nazw, znaków towarowych lub typów produktów, norm czy certyfikatów (vide załączniki do SIWZ nr 1 A\_1-4), przez co naruszone zostają



zasady: uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz proporcjonalności i przejrzystości.

Zamawiający nie stawiał się na posiedzenie Izby wyznaczone na dzień 9 stycznia 2019 r. godz. 10.00. W dniu 9 stycznia 2019 r. o godzinie 11.09 złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, której nie uwzględniono, gdyż została złożona po zamknięciu rozprawy, co miało miejsce 9 stycznia 2019 r. godz. 10.38.

**Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), odwołanie, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska złożone przez strony w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

W pierwszej kolejności ustalono, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis.

Izba stwierdziła, że odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp. Na etapie dokonywania przez zamawiającego w SIWZ opisu przedmiotu zamówienia i kryteriów oceny ofert sporządzenie opisu czy kryteriów w taki sposób, który narusza uczciwą konkurencję, uniemożliwia lub utrudnia wykonawcy złożenie oferty i uzyskanie zamówienia, godzi w interes wykonawcy w uzyskaniu danego zamówienia. Ponadto taki opis prowadzi do powstania szkody po stronie tego wykonawcy w postaci utraty korzyści, z jakimi wiązać się może uzyskanie zamówienia. Powyższe wyczerpuje dyspozycję art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Ustalono, że zamawiający wszczął i prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „zakup 2 szt. kolumn wideoskopowych-laparoskopowych z wyposażeniem, 2 szt. aparatów do elektrochirurgii, 2 szt. aparatów do elektrochirurgii z opcją koagulacji mono- i bipolarnej, 1 zestawu narzędzi do operacji laparoskopowych, histeroskopowych oraz otwartych, 1 szt. wieży histeroskopowej, 1 generatora – noża harmonicznego, 1 szt. aparatu do fototerapii dynamicznej, 1 szt. USG, 1 szt. USG 3D, 1 szt. USG przenośnego, 2 szt. wideokolposkopów z funkcją archiwizacji obrazu, 20 szt. łóżek pacjenta wraz z szafkami przyłóżkowymi, 4 szt. wózków funkcyjnych:

opatrunkowy, do wożenia pacjentów siedzących, leżących, leżanki, 3 szt. foteli ginekologicznych sterowanych elektrycznie w 3 kierunkach, 2 szt. aparatów EKG, 1 zestawu urządzeń – pomp infuzyjnych, 5 szt. systemów ogrzewania śródoperacyjnego pacjenta dla potrzeb Bloku Operacyjnego i Kliniki Ginekologii Onkologicznej i Ginekologii oraz 3 szt. foteli ginekologicznych sterowanych elektrycznie w 3 kierunkach dla potrzeb Kliniki Położnictwa i Patologii Ciąży w ramach Projektu dofinansowania nr POIS.09.02.00-00-0086/17 pn. "Doposażenie jednostek klinicznych, zajmujących się leczeniem i diagnostyką chorób układu oddechowego, kostno-stawowo-mięśniowego oraz w zakresie ginekologii, położnictwa i neonatologii w SPSK Nr 1 w Lublinie".

Ustalono także, że:

- a) szczegółowy opis przedmiotu objętego zamówieniem, jego rodzaj, gabaryty, charakterystyka, parametry techniczne i in. niezbędne - zawiera załącznik nr 1A – 13 Ł o „Formularza oferty – Opis Przedmiotu Zamówienia” (pkt III. 2 SIWZ),
- b) przedmiot zamówienia stanowi trzynaście zadań - ofert częściowych. Wykonawca może złożyć ofertę na dowolną liczbę części (pkt III. 3 SIWZ),
- c) zamawiający dopuszcza składanie ofert równoważnych (pkt III.4 SIWZ).
- d) w przypadku gdy w dokumentacji zostały wskazane nazwy, znaki towarowe lub typy produktów, normy, certyfikaty - Zamawiający dopuszcza oferowanie rozwiązań równoważnych pod warunkiem, że zapewnią uzyskanie parametrów technicznych równych lub wyższych od określonych w dokumentacji (pkt III.5 SIWZ).
- e) zamawiający wymaga wskazania w załączniku nr 1A - 13Ł do SIWZ w kolumnie „uwagi” pozycji, w których zastosowano rozwiązania równoważne. Wykonawca, który powołuje się na rozwiązania równoważne w stosunku do produktów opisywanych przez Zamawiającego, jest obowiązany wykazać w ofercie, w sposób nie budzący wątpliwości, że oferowane przez niego produkty spełniają wymagania określone przez Zamawiającego (zgodnie z art. 30 ust. 5 ustawy Pzp) (pkt III.6 SIWZ).

Ustalono ponadto, że przedmiot zamówienia w zakresie zadania nr 1 stanowi dostawa:

- 1) kolumny wideoskopowo-laparoskopowej z wyposażeniem, szt. 2, opisanej w załączniku nr 1A\_2 do SIWZ,
- 2) aparatu do elektrochirurgii, szt. 2; opisanego w załączniku 1A do SIWZ,
- 3) zestawu narzędzi do operacji laparoskopowych, histeroskopowych oraz otwartych, szt. 1, opisanego w załączniku nr 1A\_4 do SIWZ,
- 4) wieży histeroskopowej, szt. 1, opisanej w załączniku nr 1A\_3 do SIWZ,
- 5) generatora – noża harmonicznego, szt. 1, opisanego w załączniku nr 1A\_1 do SIWZ.

Ustalono ponadto, że w rozdziale XIV SIWZ (opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert) zamawiający przewidział, że w zakresie zadania 1-13 kryteria oceny ofert są następujące:

- a) *cena oferty*– C- 60%
- b) *okres gwarancji* G– 15 %
- c) *termin dostawy* – T 5 %
- d) *parametry techniczne aparatów* P – 20%

Co do kryterium „parametry techniczne aparatów P” zamawiający sprecyzował, że: *Punkty za parametry zostaną wyliczone automatycznie z następującego wzoru (oferowany parametr należy podać w Załącznikach Nr 1A - 13Ł, do SIWZ – „Formularz oferty – Opis przedmiotu zamówienia”):*

$$P = \frac{P_n}{P_d} \times 10$$

gdzie:

*P = punkty za parametry wyliczone dla danej oferty*

*P<sub>n</sub> = suma punktów przyznanych za parametry danej ofercie*

*P<sub>d</sub> = maksymalna suma punktów przyznanych za parametry spośród ofert nie podlegających odrzuceniu*

*Im wyższa wartość parametru zaoferowanego przez Wykonawcę tym większa ilość punktów*

Odwołanie zasługuje częściowo na uwzględnienie.

Za częściowo zasadny uznano zarzut naruszenia art. 29 ust. 3 ustawy Pzp.

Stosownie do art. 29 ust. 3 ustawy Pzp, *przedmiotu zamówienia nie można opisywać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów, chyba że jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważny”.*

Jak wynikało z żądań odwołującego, odwołujący domagał się usunięcia z opisu przedmiotu zamówienia, w zakresie zadania nr 1, z załączników nr 1A\_1-4 do SIWZ m.in. nazw, znaków towarowych lub typów produktów, norm, certyfikatów itp. Izba stwierdziła, że

w zakresie zadania nr 1, w załączniku 1A do SIWZ, dotyczącym aparatu do elektrochirurgii z opcją koagulacji mono i bipolarnej zamawiający w pozycji 37 posłużył się sformułowaniem „końcówka typu Maryland”, które może być uznane za wskazanie, odnoszące się do znaku towarowego lub pochodzenia.

W zakresie zadania nr 1, w załączniku nr 1A\_1 do SIWZ, dotyczącym generatora – noża harmonicznego nie stwierdzono, aby zamawiający opisując przedmiot zamówienia miał posłużyć się znakiem towarowym, patentem lub pochodzeniem.

W zakresie zadania 1, w załączniku nr 1A\_2 do SIWZ, dotyczącym kolumny wideoskopowej-laparoskopowej z wyposażeniem stwierdzono, że zamawiający w pozycji 139 posłużył się sformułowaniem „Sterrad NX”, które może być uznane za wskazanie odnoszące się do znaku towarowego, patentu czy pochodzenia.

W zakresie zadania nr 1, w załączniku nr 1A\_3 do SIWZ, dotyczącym wieży histeroskopowej nie stwierdzono, aby zamawiający opisując przedmiot zamówienia miał posłużyć się znakiem towarowym, patentem lub pochodzeniem.

Wreszcie w zakresie zadania 1, w załączniku nr 1A\_4 do SIWZ, dotyczącym zestawu narzędzi do operacji laparoskopowych, histeroskopowych oraz otwartych stwierdzono, że zamawiający opisując przedmiot zamówienia w szeregu pozycjach, posłużył się przykładowo określeniami m.in. „typ mayo”, typ metzenbaum”, „typ bozemann”, typ „balfour”, „typ Schoeder”, „typ doyen”, „typ kocher”, „typ deschamps”, „typ Forster-ballengre”, typ allis, „Kallmorgen”, typ Manhes, typ Halsted-Mosquito” itp. Powyższa technika opisu mogła wskazywać na posłużenie się znakami towarowymi, patentami lub pochodzeniem.

Z uwagi na zastosowany przez siebie w załączniku 1A, 1A\_2 i 1A\_4 do SIWZ sposób opisu przedmiotu zamówienia, zamawiający zobowiązany był wykazać, że taka technika była uzasadniona specyfiką przedmiotu zamówienia, a zamawiający nie mógł opisać przedmiotu zamówienia na pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważny”. Izba stwierdziła, że zamawiający w toku postępowania odwoławczego nie udowodnił, że taka technika była uzasadniona specyfiką przedmiotu zamówienia, a zamawiający nie mógł opisać przedmiotu zamówienia na pomocą dostatecznie dokładnych określeń.

W dalszej kolejności stwierdzono, że zamawiający w postanowieniach SIWZ dopuścił wprawdzie składanie ofert równoważnych w przypadku gdy w dokumentacji zostały wskazane nazwy, znaki towarowe lub typy produktów, normy, certyfikaty. Jednakże jednocześnie zamawiający doprecyzował, że *dopuszcza oferowanie rozwiązań równoważnych pod warunkiem, że zapewnią uzyskanie parametrów technicznych równych lub wyższych od określonych w dokumentacji (pkt III. 5 SIWZ)*. Jak jednak słusznie wskazał odwołujący takie określenie warunków, pod jakimi można zaoferować rozwiązanie równoważne, jest niewystarczające, gdyż faktycznie uniemożliwia zaoferowanie

jakiegokolwiek rozwiązania równoważnego. Podkreślenia wymaga, że rozwiązanie równoważne nie musi być rozwiązaniem identycznym z rozwiązaniem referencyjnym. Dostrzec należy, że co do zasady urządzenia referencyjne składają się z całego konglomeratu cech technicznych, z których niektóre mają charakter kluczowy, inne zaś są pozbawione większego znaczenia. Konieczność aby wszystkie bez wyjątku parametry techniczne były równe lub lepsze jest niewykonalne i wymusza na wykonawcach obowiązek zaoferowania wyłącznie rozwiązania referencyjnego, czyniąc dopuszczenie równoważności pozornym. Nawet bowiem urządzenie o klasę wyższe od referencyjnego może zawierać jakiś nieistotny parametr techniczny, który będzie gorszy od parametrów rozwiązania referencyjnego, co może skutkować ryzykiem odrzucenia takiej oferty. Ponadto taki zapis zastrzega dla zamawiającego możliwość dowolnej oceny ofert, gdyż dopiero w trakcie ich badania wykonawcy mogą dowiedzieć się, które de facto parametry techniczne są dla zamawiającego istotne, a które nie. Z orzecznictwa Izby wynika, że w takich przypadkach jak opisane powyżej, zamawiający ma obowiązek opisać w SIWZ parametry (przedział parametrów), których spełnienie spowoduje, że rozwiązanie równoważne zostanie uznane (tzw. „parametry równoważności”). *Zamawiający, dopuszczając równoważność produktów, winien sprecyzować zakres minimalnych parametrów, w oparciu o które dokona oceny spełnienia wymagań określonych w SIWZ. Wymogi co do równoważności produktów winny być podane w sposób przejrzysty i jasny, tak, aby z jednej strony Zamawiający mógł w sposób jednoznaczny przesądzić kwestię równoważności zaoferowanych produktów, z drugiej zaś strony, aby wykonawcy przystępujący do udziału w postępowaniu przetargowym mieli jasność co do oczekiwań Zamawiającego w zakresie właściwości istotnych cech charakteryzujących przedmiot zamówienia. (por. wyrok KIO z dnia 20 kwietnia 2017 r. sygn. akt KIO 641/17).*

Ponieważ w zakresie ww. pozycji formularzy cenowych nr 1A, 1A\_2 i 1A\_4 do SIWZ dla zadania nr 1 zamawiający uchybił swym obowiązkom, Izba nakazała zamawiającemu dokonanie modyfikacji opisu przedmiotu zamówienia, przez:

- a) usunięcie nazw, znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, o których mowa w art. 29 ust. 3 ustawy Pzp, albo
- b) jeżeli opisanie przedmiotu zamówienia w sposób określony w pkt a jest uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, przez dopuszczenie zaoferowania rozwiązań równoważnych i opisanie parametrów równoważności, których wykazanie spowoduje, że zamawiający uzna rozwiązanie równoważne.

W dalszej kolejności Izba uznała, że zarzut naruszenia art. 29 ust. 3 ustawy Pzp okazał się chybiony w zakresie pozostałych pozycji formularzy cenowych, stanowiących załączniki nr 1A\_1-4 do SIWZ.

Stwierdzono, że w pozostałych pozycjach formularzy nr 1A\_1-4 do SIWZ zamawiający nie posłużył się znakami towarowymi, patentami, pochodzeniem, źródłem lub szczególnym procesem, o których mowa w art. 29 ust. 3 ustawy Pzp. Literalna analiza pozostałych pozycji formularzy cenowych prowadziła do wniosku, że w pozycjach tych zamawiający opisywał przedmiot zamówienia za pomocą cech technicznych urządzeń. Wzięto pod uwagę, że odwołujący nie tylko nie udowodnił, ale nawet nie wskazał w odwołaniu, że cechy te lub ich zbiór miałyby świadczyć o odwołaniu się do jakiegoś znaku towarowego, patentu, źródła lub konkretnego procesu. W szczególności nie wskazano Izbie o jaki znak towarowy, patent, pochodzenie, źródło lub proces może chodzić ani jakiego miałyby to dotyczyć produktu (grupy produktów), producenta czy technologii. Wreszcie na poparcie swych twierdzeń odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu. Stanowisko odwołującego pozostało bowiem całkowicie gołosłowne. Nie przedstawiono Izbie np. kart katalogowych produktów, informacji o konkretnym patencie itp.

Wobec powyższego zarzut naruszenia art. 29 ust. 3 ustawy Pzp w ww. zakresie uznano za chybiony.

Nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 29 ust. 2 ustawy Pzp.

Stosownie do przepisu art. 29 ust. 2 ustawy Pzp *przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.*

Odwołujący w odwołaniu podniósł, że szczegółowy opis parametrów, jakimi zamawiający opisał przedmiot zamówienia w zakresie zadania nr 1 (załączniki 1A\_1-4 do SIWZ) wskazuje na jeden, konkretny produkt. Podniósł, że dotyczy to wszystkich bez wyjątku parametrów z załączników nr 1A\_1-4 do SIWZ.

Tak sformułowany zarzut nie mógł zostać uwzględniony. Na uwagę zasługiwał fakt, że odwołujący w odwołaniu, ani nawet w trakcie rozprawy nie wskazał, które konkretne cechy techniczne (parametry), jakimi zamawiający opisał przedmiot zamówienia dla zadania nr 1, wskazują na jakiś konkretny produkt. Co istotne, nie wskazał także jaki jest to produkt. Dostrzeżenia wymagało przy tym, że przedmiotem zamówienia w zadaniu nr 1 nie była dostawa jednego produktu, lecz co najmniej kilku grup urządzeń. Ponadto, nawet gdyby odwołujący w odwołaniu sprostował wymogowi wskazania, na jaki konkretnie produkt mają wskazywać cechy techniczne opisane w SIWZ, to nie sprostował obowiązkowi udowodnienia, że rzeczywiście z taką sytuacją mamy do czynienia. Ciężar dowodu spoczywał w tym zakresie na odwołującym, zgodnie z art. 6 KC w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp. To

wykonawca ten bowiem wywodził z ww. faktów korzystne dla siebie skutki prawne w postaci konieczności dokonania modyfikacji postanowień SIWZ.

Odwołujący dopiero w trakcie rozprawy podniósł, powołując się na parametr opisany w pkt 148 załącznika nr 1A\_2 do SIWZ, że przykładowo zamawiający wymagał zaoferowania urządzenia o charakterze zintegrowanym, w sytuacji gdy na rynku istnieją urządzenia, które zapewniają oczekiwane przez zamawiającego funkcjonalności, lecz odrębnie. Tak sformułowany zarzut odwołującego okazał się spóźniony. Zgodnie bowiem z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Wyjaśnienia wymaga, że za zarzut w orzecznictwie Izby i Sądów uznaje się przywołane w odwołaniu konkretne okoliczności faktyczne, które mają świadczyć o naruszeniu przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Przywołanie nowych okoliczności faktycznych, nawet wypełniających dyspozycje tego samego przepisu, uznaje się za nowy zarzut. Jak wskazano przykładowo w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach z 29 czerwca 2009 r. w spr. X Ga 110/09, *„O tym jakie twierdzenia lub zarzuty podnosi strona w postępowaniu nie przesądza bowiem proponowana przez nią kwalifikacja prawna ale okoliczności faktyczne wskazane przez tę stronę. Jeśli więc strona nie odwołuje się do konkretnych okoliczności faktycznych to skład orzekający nie może samodzielnie ich wprowadzić do postępowania tylko dlatego, że można je przyporządkować określonej, wskazanej w odwołaniu kwalifikacji prawnej.”*. Niezależnie zaś od powyższego stwierdzono, że odwołujący w dalszym ciągu nie wskazał, na jakie urządzenie miało wskazywać kwestionowane na rozprawie postanowienie, ani jakie urządzenia zapis ten wykluczał. Wreszcie stanowisko odwołującego nie zostało poparte jakimkolwiek dowodem.

W tej sytuacji, wobec ogólnikowości zarzutów i żądań oraz bierności dowodowej odwołującego, zarzut naruszenia art. 29 ust. 2 ustawy Pzp należało uznać za bezzasadny.

Za chybiony uznano zarzut naruszenia art. 91 ust. 3 ustawy Pzp. Stosownie do powołanego przez odwołującego przepisu, *kryteria oceny ofert nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy, a w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej.*

W odwołaniu odwołujący podniósł, że zamawiający konstruując w postępowaniu o zamówienie publiczne kryterium pn.: „parametry techniczne aparatów P - 20%” miał preferować z góry wybrane urządzenia konkretnych dystrybutorów/producentów przez punktowanie rozwiązań technologicznych tylko im właściwych. Argumentował, że tym samym zamawiający miał dyskryminować inne rozwiązania równoważne pod względem funkcjonalnym do tych opisanych w SIWZ.

Tak opisany zarzut nie znalazł potwierdzenia w ustalonym przez Izbę stanie faktycznym sprawy.

W pierwszej kolejności należało podkreślić, że odwołujący sformułował zarzut w sposób lakoniczny i bardzo ogólny. Podniósł, że kwestionuje kryterium „parametry techniczne aparatów – P” jednakże nie wskazał, które konkretnie parametry oceniane miały naruszać zasady formułowania kryteriów oceny ofert. Dostrzeżenia wymagało, że zamawiający doprecyzował parametry oceniane w załącznikach nr 1A\_1-4 do SIWZ. Co istotne, w załącznikach tych, co do każdej z 5 grup oferowanych urządzeń, zamawiający przewidział kilka lub nawet kilkanaście parametrów ocenianych. Wobec ogólnikowości zarzutu nie wiadomo było, które konkretnie parametry odwołujący kwestionuje i dlaczego.

W dalszej kolejności podkreślenia wymagało, że odwołujący nawet nie wskazał, jakie konkretnie urządzenia miały być rzekomo preferowane przez sporne kryteria oceny ofert. Nie wymienił choćby ich nazwy ani nawet producenta. Wreszcie odwołujący nie udowodnił, że rzeczywiście kryteria preferują te właśnie produkty, gdyż na poparcie swych twierdzeń nie przedstawił żadnych dowodów. Odwołujący nie przedstawił też żadnych dowodów na okoliczność, czy, a jeżeli tak to jakie produkty są dyskryminowane przez parametry oceniane. Zgodnie zaś z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp, *strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne.*

W tej sytuacji, wobec ogólnikowości zarzutów i żądań oraz bierności dowodowej odwołującego, zarzuty naruszenia przepisów ustawy Pzp regulujących opis kryteriów oceny ofert okazały się bezzasadne.

Przy wyrokowaniu pominięto treść odpowiedzi zamawiającego na odwołanie z 8 stycznia 2019 r. Wzięto pod uwagę, że ww. pismo zamawiający przesłał do Krajowej Izby Odwoławczej za pośrednictwem poczty elektronicznej dopiero 9 stycznia 2019 r. o godzinie 11.09. Tymczasem, jak wynika z protokołu rozprawy, rozprawa przed Izbą została zamknięta 9 stycznia 2019 r. o godzinie 10.38.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Z ww. przepisu wynika, że powodem uwzględnienia odwołania może być stwierdzenie jedynie kwalifikowanego naruszenia ustawy Pzp, a mianowicie takiego, które wywiera lub może wywrzeć istotny wpływ na wynik postępowania. Stwierdzone przez Izbę naruszenie przepisów regulujących opis przedmiotu zamówienia może mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Wadliwy opis może bowiem uniemożliwić lub utrudnić wykonawcom składanie konkurencyjnych ofert w postępowaniu.



W świetle art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, *uwzględniając odwołanie, Izba może - jeżeli umowa w sprawie zamówienia publicznego nie została zawarta - nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego lub nakazać unieważnienie czynności zamawiającego*. W konsekwencji Izba nakazała zamawiającemu wykonanie czynności modyfikacji postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w zakresie zadania 1, w sposób wskazany w pkt 1 sentencji.

Wobec powyższego, na podstawie art. 192 ust. 1 i art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Odnosnie żądań, których Izba nie podzieliła, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 2 sentencji. Jednocześnie jednak informacja o częściowym oddaleniu odwołania musi znaleźć odzwierciedlenie w sentencji orzeczenia, a nie w uzasadnieniu. W art. 196 ust. 4 ustawy Pzp, określającym w sposób wyczerpujący elementy treści uzasadnienia wyroku wydanego przez Izbę nie ma bowiem żadnej wzmianki o możliwości zamieszczenia w uzasadnieniu wyroku jakiegokolwiek rozstrzygnięcia. Na powyższe zwrócono uwagę w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 17 lutego 2016 r. III CZP 111/15. Sąd ten, wypowiadając się o praktyce Izby oddalania części zarzutów odwołania w uzasadnieniu, jednoznacznie uznał za wadliwą praktykę Izby orzekania w uzasadnieniu wyroku a nie w jego sentencji o części zarzutów i żądań zawartych w odwołaniu.

Wobec powyższego, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 2 sentencji.

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

*Zatem użyty w art. 192 ust. 10 ustawy Pzp zwrot stosownie do jego wyniku należy rozumieć analogicznie jak w procesie cywilnym. Jak wynika z postanowienia SN z dnia 31 stycznia 1991 r. II CZ 255/90, LEX nr 5314 stosunkowe rozdzielenie kosztów polega na rozdzieleniu kosztów między stronami stosownie do wyniku postępowania i do wysokości w*

*jakiej zostały poniesione. Stosunkowy podział kosztów procesu (100 k.p.c.) dotyczy ich całości co oznacza przyjęcie za podstawę obliczeń sumy należności obu stron, ustalonej stosownie do zasad z art. 98 § 2 i 3 k.p.c. (oraz art. 99 k.p.c. w przypadkach tam wskazanych). Sumę tę dzieli się proporcjonalnie do stosunku w jakim strony utrzymały się ze swymi roszczeniami lub obroną, otrzymując w wyniku kwoty, stanowiące ich udziały w całości kosztów. Jeżeli poniesione przez stronę koszty przewyższają obciążający ją udział zasądzeniu na jej rzecz podlega różnica.*

Jak wynika z postanowienia Sądu Okręgowego w Gliwicach z 20 lipca 2016 r. sygn. akt X Ga 280/16 – w przypadku rozstrzygnięcia, w którym część odwołania wniesionego do Krajowej Izby Odwoławczej zostaje oddalona, zaś część uwzględniona zasada odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego oznacza obowiązek stosunkowego rozdzielenia kosztów postępowania odwoławczego w takiej części, w jakiej odwołanie odniosło skutek. Identyczny pogląd wyrażono w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z 22 stycznia 2016 r. sygn. akt XXIII Ga 1992/15, w postanowieniu Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 3 października 2013 r. sygn. akt X Ga 286/13, wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 29 listopada 2016 r. sygn. akt XXIII Ga 880/16, wyroku Sądu Okręgowego we Wrocławiu z 17 listopada 2016 r. sygn. akt X Ga 653/16, postanowieniu Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 12 grudnia 2017 r. sygn. akt XXIII Ga 1886/17.

W niniejszej sprawie Izba – co wynika z sentencji orzeczenia – częściowo oddaliła i częściowo uwzględniła odwołanie. Kosztami postępowania po połowie obciążono zatem zamawiającego i odwołującego. Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez odwołującego w wysokości 15.000 zł.

Odwołujący poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości 15.000 zł tytułem wpisu od odwołania tymczasem odpowiadał za nie jedynie do wysokości 7.500 zł (15.000,00 zł x 50%). Wobec powyższego Izba zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 7.500 zł (15.000,00 – 7.500,00), stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez odwołującego a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 pkt 1 oraz § 5 ust. 3 pkt 1, § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

**Przewodniczący:** .....