

WYROK
z dnia 4 sierpnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki
Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 sierpnia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 lipca 2022 r. przez wykonawcę **Paramedica Polska sp. z o.o. sp.k. w Warszawie**

w postępowaniu prowadzonym przez **Wojewódzkie Pogotowie Ratunkowe w Katowicach**

przy udziale wykonawcy **Resculine sp. z o.o. w Zielonej Górze**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu nr 2 odwołania, to jest zarzutu naruszenia art. 16 pkt 1, art. 522 ust. 4 Pzp przez zaniechanie wykonania czynności do której zamawiający się zobowiązał w ślad za częściowym uwzględnieniem odwołania, tj. zmiany OPZ wskutek uwzględnienia zarzutu dotyczącego „systemu kontrolnego akumulatora umożliwiającego sprawdzenie poziomu naładowania i poprawność działania baterii bez potrzeby włączania urządzenia”;**
2. **uwzględnia częściowo odwołanie i nakazuje zamawiającemu wykonanie modyfikacji specyfikacji warunków zamówienia przez zmianę wagi kryterium oceny ofert „parametry techniczne”, obejmującego „alarm bezdechu”, „możliwość ustawienia parametrów oddechowych na podstawie wzrostu i płci pacjenta”, „ciśnienie PEEP regulowane w zakresie od 0 do 30 cm H₂O”, „SIMV” do maksymalnie łącznie 10 %,**
3. **w pozostałym zakresie oddala odwołanie,**
4. **kosztami postępowania obciąża Wojewódzkie Pogotowie Ratunkowe w Katowicach w części 1/2 oraz wykonawcę Paramedica Polska sp. z o.o. sp.k. w Warszawie w części 1/2 i:**

- 4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Paramedica Polska sp. z o.o. sp.k. w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,
- 4.2. zasądza od **Wojewódzkiego Pogotowia Ratunkowego w Katowicach** na rzecz wykonawcy **Paramedica Polska sp. z o.o. sp.k. w Warszawie** kwotę **7.500 zł 00 gr** (słownie: siedmiu tysięcy pięciuset złotych zero groszy).

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Wojewódzkie Pogotowie Ratunkowe w Katowicach, zwane dalej „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp” lub „Pzp”, którego przedmiotem jest „zakup wraz z dostawą 63 sztuk respiratorów transportowych dla Wojewódzkiego Pogotowia Ratunkowego w Katowicach.”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 3 maja 2022 r., nr 2022/S 086-232037.

Wobec czynności i zaniechań zamawiającego w ww. postępowaniu w dniu 11 lipca 2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wniósł odwołanie wykonawca Paramedica Polska sp. z o.o. sp.k. w Warszawie, zwany dalej „odwołującym”.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 16 w zw. z art. 239 ust. 1, art. 240 ust. 2, art. 242 ust. 1 i 2, art. 247 Pzp przez ustanowienie dyskryminujących, niezachowujących zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, nieuzasadnionych, nieproporcjonalnych w zakresie premiowanych cech technicznych, a także przypisanych im wag, kryteriów oceny ofert - co w istocie spowodowało wyeliminowanie w postępowaniu uczciwej konkurencji i odebrało możliwość uzyskania zamówienia podmiotowi innemu niż Resculine sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze wyłącznego dystrybutora respiratora Medumat Standard 2 firmy Weinmann;
- 2) art. 16 pkt 1, art. 522 ust. 4 Pzp przez zaniechanie wykonania czynności do której zamawiający się zobowiązał w ślad za częściowym uwzględnieniem odwołania, tj. zmiany OPZ wskutek uwzględnienia zarzutu dotyczącego „*systemu kontrolnego akumulatora umożliwiającego sprawdzenie poziomu naładowania i poprawność działania baterii bez potrzeby włączania urządzenia*”. Odwołujący żądał dodania w OPZ zapisu, iż wymóg ten „dotyczy tylko respiratora zasilanego elektrycznie” str. 4 odwołania z dnia 12 maja 2022 r. (str. 2 odpowiedzi na odwołanie z dnia 25 maja 2022 r.). Zaniechanie to doprowadza do sytuacji, w której mimo uwzględnienia zarzutu przez zamawiającego, odwołujący jest dalej eliminowany z postępowania i nie może złożyć oferty niepodlegającej odrzuceniu.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) dokonania modyfikacji swz (treści załącznika 1) tak, by parametry techniczne w nim zawarte nie stanowiły pośredniego opisu technicznego urządzenia Medumat Standard 2 firmy Weinmann, tj. dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób zgodny z odpowiedzią na odwołanie zamawiającego z dnia 25 maja 2022 r. z poszanowaniem art. 522 ust. 4 Pzp,
- 2) zmianę wag kryteriów oceny ofert na 60 % cena, 40% pozostałe kryteria poza cenowe - lub innego ograniczenia wpływu niekonkurencyjnych kryteriów na przedmiotowy przetarg, tak by nie stanowił on fikcji konkurencji;
- 3) wykreślenie kryteriów oceny ofert ponownie wskazujących jedynie na (cechy charakterystyczne z folderu) rozwiązania dotyczące urządzenia Medumat Standard 2 firmy Weinmann, którego wyłącznym dystrybutorem jest spółka Resculine sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze, tj. możliwość ustawienia parametrów oddechowych na podstawie wzrostu i płci pacjenta, Ciśnienie PEEP regulowane w zakresie min od 0 do 30 cm H2O, SIMV - lub ograniczenia ich wpływu na przedmiotowy przetarg by nie stanowił on faktycznego stanu fikcji uczciwej konkurencji;
- 4) wykreślenia kryteriów promujących zasilanie elektryczne (bezdech), gdyż promują bezprawnie jedynie urządzenia elektryczne.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał, że obecnie ponownie parametry techniczne znajdujące się w załączniku 1 do SWZ, rozpatrywane łącznie z kryteriami oceny ofert oraz ich wagą, eliminują wszelkie możliwe na rynku respiratory prócz jednego Medumat Standard 2 firmy Weinmann, którego wyłącznym dystrybutorem jest spółka Resculine sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze.

Odwołujący wskazał, że zamawiający w załączniku nr 1 do SWZ opisał za pomocą cech technicznych przedmiot zamówienia (63 szt. respiratorów transportowych). Zdaniem odwołującego jedynym urządzeniem dostępnym na rynku spełniającym wszystkie wymogi jest respirator Medumat Standard 2 firmy Weinmann, dystrybuowany w Polsce przez firmę Resculine sp. z o.o. z Zielonej Góry. Odwołujący argumentował, że powyższe zostało przesądzone wyrokiem KIO sygn. akt KIO 1286/22. Odwołujący argumentował, że w trakcie ww. postępowania odwoławczego zamawiający na str. 2 odpowiedzi na odwołanie z dnia 25 maja 2022 r. uwzględnił szereg zarzutów, w tym zarzuty dotyczącego „*systemu kontrolnego akumulatora umożliwiającego sprawdzenie poziomu naładowania i poprawność działania baterii bez potrzeby włączania urządzenia*”. Odwołujący wskazał, że żądał dodania w OPZ zapisu, iż wymóg ten - „dotyczy tylko respiratora zasilanego elektrycznie”. Odwołujący wskazał, że zamawiający tego nie uczynił, czym naruszył treść art. 522 ust. 4 Pzp związku z czym odwołujący wnosil o nakazanie zamawiającemu modyfikacji w przyznanym odpowiedzią na odwołanie zakresie.

Odwołujący argumentował, że zamawiający symptomatycznie zrozumiał wyrok KIO sygn. akt KIO 1286/22, tj. przyjął, iż KIO w istocie wskazało w tym konkretnym postępowaniu na możliwość wprowadzenia zaskarżonych, naruszających uczciwą konkurencję zapisów, wprost do kryteriów oceny ofert. Cechy charakterystyczne produktu Medumat Standard 2 firmy Weinmann znalazły wprost odzworowanie w kryteriach wraz z łącznym przypisaniem im wagi na poziomie 60%. Taką zatem wprost „promocję” dostaje ten produkt oraz Resculine sp. z o.o. z Zielonej Góry. Według odwołującego zamawiający przeszedł zatem drogę ze 100% wskazania na jeden produkt do 60% wskazania na jeden produkt. Zdaniem odwołującego w takich warunkach nie da się konkurować. Wskazanie wagi 60% kryteriów pozacenowych jest w tym postępowaniu bezprawne, gdyż w swej istocie niweczy uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców. Zdaniem odwołującego wszystkie arbitralnie, bezzasadnie przyjęte kryteria pozacenowe są cechami charakterystycznymi produktu Medumat Standard 2 firmy Weinmann, a zatem kryteria te powinny być wykreślone lub ograniczone do takich rozmiarów, by nie powodowały zaburzeń konkurencji.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z 28 lipca 2022 r. oświadczył, że uwzględnia częściowo odwołanie w zakresie zarzutu nr 2, to jest zarzutu naruszenia art. 16 pkt 1, art. 522 ust. 4 Pzp przez zaniechanie wykonania czynności do której zamawiający się zobowiązał w ślad za częściowym uwzględnieniem odwołania, tj. zmiany OPZ wskutek uwzględnienia zarzutu dotyczącego *„systemu kontrolnego akumulatora umożliwiającego sprawdzenie poziomu naładowania i poprawność działania baterii bez potrzeby włączania urządzenia”*. W pozostałym zakresie wniósł o oddalenie odwołania. W odpowiedzi na odwołanie oraz w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca Resculine sp. z o.o. w Zielonej Górze. Nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutu nr 2 odwołania. Złożył pismo procesowe, w którym wniósł o oddalenie odwołania w zakresie zarzutu nr 1. W piśmie procesowym oraz w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji warunków zamówienia (SWZ), modyfikacje SWZ, odpowiedzi na pytania dotyczące SWZ, wyrok KIO z dnia 31 maja 2022 r. wydany w sprawie o sygn. akt KIO 1286/22, dokumenty znajdujące się w aktach sprawy o sygn. akt KIO 1286/22, załączniki do odpowiedzi na odwołanie, załączniki do pisma procesowego odwołującego z dnia 2 sierpnia 2022 r.,

jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i dokumenty złożone przez strony i uczestnika postępowania w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Art. 16 ustawy Pzp stanowi, że *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:*

- 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;*
- 2) przejrzysty;*
- 3) proporcjonalny.*

Art. 17 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że *zamawiający udziela zamówienia w sposób zapewniający:*

- 1) najlepszą jakość dostaw, usług, oraz robót budowlanych, uzasadnioną charakterem zamówienia, w ramach środków, które zamawiający może przeznaczyć na jego realizację, oraz*
- 2) uzyskanie najlepszych efektów zamówienia, w tym efektów społecznych, środowiskowych oraz gospodarczych, o ile którykolwiek z tych efektów jest możliwy do uzyskania w danym zamówieniu, w stosunku do poniesionych nakładów.*

Przepis art. 240 ust. 2 Pzp stanowi, że *Kryteria oceny ofert i ich opis nie mogą pozostawiać zamawiającemu nieograniczonej swobody wyboru najkorzystniejszej oferty oraz umożliwiają weryfikację i porównanie poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia na podstawie informacji przedstawianych w ofertach.*

Przepis art. 241 ustawy Pzp stanowi, że:

- 1. Kryteria oceny ofert muszą być związane z przedmiotem zamówienia.*
- 2. Związek kryteriów oceny ofert z przedmiotem zamówienia istnieje wówczas, gdy kryteria te dotyczą robót budowlanych, dostaw lub usług, będących przedmiotem zamówienia w dowolnych aspektach oraz w odniesieniu do dowolnych etapów ich cyklu życia, w tym do elementów składających się na proces produkcji, dostarczania lub wprowadzania na rynek, nawet jeżeli elementy te nie są istotną cechą przedmiotu zamówienia.*
- 3. Kryteria oceny ofert nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy, w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej.*

Przepis art. 242 ustawy Pzp stanowi, że:

- 1. Najkorzystniejsza oferta może zostać wybrana na podstawie:*
 - 1) kryteriów jakościowych oraz ceny lub kosztu;*
 - 2) ceny lub kosztu.*
- 2. Kryteriami jakościowymi mogą być w szczególności kryteria odnoszące się do:*

- 1) jakości, w tym do parametrów technicznych, właściwości estetycznych i funkcjonalnych takich jak dostępność dla osób niepełnosprawnych lub uwzględnianie potrzeb użytkowników;
- 2) aspektów społecznych, w tym integracji zawodowej i społecznej osób, o których mowa w art. 94 ust. 1;
- 3) aspektów środowiskowych, w tym efektywności energetycznej przedmiotu zamówienia;
- 4) aspektów innowacyjnych;
- 5) organizacji, kwalifikacji zawodowych i doświadczenia osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, jeżeli mogą one mieć znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia;
- 6) serwisu posprzedażnego, pomocy technicznej, warunków dostawy takich jak termin, sposób lub czas dostawy, oraz okresu realizacji.

Art. 522 ust. 4 Pzp stanowi, że *W przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze w części dotyczącej tych zarzutów, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca albo wykonawca, który przystąpił po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia tych zarzutów. W takim przypadku Izba rozpoznaje pozostałe zarzuty odwołania. Zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów.*

Ustalono, że przedmiotem zamówienia jest zakup wraz z dostawą 63 sztuk respiratorów transportowych dla Wojewódzkiego Pogotowia Ratunkowego w Katowicach.

Kolejno ustalono, że w dniu 13 maja 2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie odwołującego, w którym zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 16 ust. 1, art. 99 ust. 4 ustawy Pzp tj. dokonanie niezgodnego z zasadą równego traktowania wykonawców opisu przedmiotu zamówienia pośrednio pod jedno urządzenie (szczegółowo wskazane w treści odwołania). Odwołujący zarzucił, że parametry techniczne znajdujące się w załączniku 1 do SWZ, rozpatrywane łącznie eliminują wszelkie możliwe na rynku respiratory prócz jednego Medumat Standard 2 firmy Weinmann, którego wyłącznym dystrybutorem jest spółka Resculine sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze. Odwołanie to było rozpoznawane przez Izbę w sprawie o sygn. akt KIO 1286/22.

Odwołujący w ww. odwołaniu z 13 maja 2022 r. wniósł o dokonanie modyfikacji SWZ (treści załącznika 1) tak by parametry techniczne w nim zawarte nie stanowił pośredniego opisu technicznego urządzenia Medumat Standard 2 firmy Weinmann, tj. dokonanie opisu

przedmiotu zamówienia w sposób zgodny z prawem umożliwiającą uczciwą konkurencję szczegółowo wskazany w treści odwołania.

W uzasadnieniu przedstawionych zarzutów odwołania KIO 1286/22 odwołujący wskazał, że zamawiający w załączniku nr 1 do SWZ opisał za pomocą cech technicznych przedmiot zamówienia (63 szt. respiratorów transportowych). W ocenie odwołującego jedynym urządzeniem dostępnym na rynku spieniającym wszystkie wymogi jest respirator Medumat Standard 2 firmy Weinmann, dystrybuowany w Polsce przez firmę Resculine sp. z o.o. z Zielonej Góry. Argumentował, że w specyfikacji technicznej, zamawiający wymagał konkretnych rozwiązań technicznych i użytkowych, które są spotykane tylko w ww. urządzeniach jak np.:

- „Możliwość ustawienia parametrów oddechowych na podstawie wzrostu i płci pacjenta” jest to typowy opis sposobu wyboru parametrów oddechowych (VT) dla respiratora Weinmann'a. Wytyczne Resuscytacyjne mówią jasno, że VT dobiera się na podstawie wagi, a nie wzrostu i płci Wytyczne Resuscytacyjne 2021 - Drogi oddechowe i oddychanie Kontrola wentylacji, s. 37, „Należy stosować strategię wentylacji oszczędzającą płuca — 6-8 ml/kg należnej masy ciała” .

W ocenie odwołującego praktyka stosowana przez Zamawiającego jest naruszeniem zasad uczciwej konkurencji, ponieważ jedynym respiratorem, który spełnia opis techniczny jest respirator Medumat Standard 2 firmy Weinmann dystrybuowany w Polsce przez firmę Resculine sp. z o.o. z Zielonej Góry, co skutecznie uniemożliwia złożenie oferty innym firmom.

W związku z powyższym odwołujący w ww. odwołaniu z 13 maja 2022 r. żądał zmiany opisu przedmiotu zamówienia w następujący sposób:

Ogólne		
	Żądanie odwołującego	Argumentacja
System kontrolny akumulatora umożliwiający sprawdzenie poziomu naładowania i poprawność działania baterii bez potrzeby włączenia urządzenia	System kontrolny akumulatora umożliwiający sprawdzenie poziomu naładowania i poprawność działania baterii bez potrzeby włączenia urządzenia – dotyczy tylko respiratora zasilanego elektrycznie	Wymóg ten wraz z innymi objętymi odwołaniem opisuje tylko i wyłącznie respirator Medumat Standard jest właściwy wyłącznie dla zasilania elektrycznego. Żądanie ma na celu niedopuszczenie zakazu zasilania pneumatycznego na rzecz elektrycznego.
Parametry techniczne		

Możliwość ustawienia parametrów oddechowych na podstawie wzrostu i płci pacjenta	Wykreślenie	Wnosimy o usunięcie parametru „Możliwość stawienia parametrów oddechowych na podstawie stę i płci pacjenta” wytyczne Resuscytacyjne mówią jasno, że VT dobiera się na podstawie wagi a nie wzrostu i płci pacjenta. Wytyczne Resuscytacyjne 2021 - Drogi oddechowe i oddychanie - Kontrola wentylacji, s. 37, „Należy stosować strategię wentylacji oszczędzającą płuca — 6-8 l/kg należnej masy ciała”.
--	-------------	---

Tryby wentylacji		
SIMV	SIMV lub CMV/DEMAND	Wymóg ten wraz z innymi objętymi odwołaniem pisuje tylko i wyłącznie respirator Medumat Stan 2. Zarówno tryby SIMV jak i CMV/DEMAND są trybami które synchronizują się z pacjentem podczas wentylacji.
Parametry regulowane		
Ciśnienie PEEP regulowane w zakresie min od 0 do 30 cm H ₂ O	Ciśnienie PEEP regulowane w zakresie min od 0 do 20 cm H ₂ O	Wymóg ten wraz z innymi objętymi odwołaniem pisuje tylko i wyłącznie respirator Medumat Stan 2.
Alarmy		
Bezdechu	Bezdechu – dotyczy tylko respiratora zasilanego elektrycznie	Wymóg ten wraz z innymi objętymi odwołaniem pisuje tylko i wyłącznie respirator Medumat Stan 2. Dostępne rozwiązanie dotyczy tylko respiratora zasilanego elektrycznie. W środowisku ZRM pacjent jest pod stałą opieką ratownika medycznego lub lekarza, który natomiast jest w stanie zauważyć bezdech pacjenta.

Ustalono również, że w odpowiedzi zamawiającego na odwołanie sygn. akt KIO 1286/22 zamawiający złożył oświadczenie o częściowym uwzględnieniu zarzutów odwołującego m.in. w odniesieniu do parametru „System kontrolny akumulatora umożliwiający sprawdzenie poziomu naładowania i poprawność działania baterii bez potrzeby włączania urządzenia”.

Ustalono ponadto, że wyrokiem z dnia 31 maja 2022 r., wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 1286/22:

1. umorzyła postępowanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 16 ust. 1 i art. 99 ust. 4 ustawy Pzp dotyczącego m.in. wymagania zamawiającego: *system kontrolny akumulatora umożliwiający sprawdzenie poziomu,*

2. w pozostałym zakresie uwzględniła odwołanie i nakazała zamawiającemu dokonanie zmian postanowień specyfikacji warunków zamówienia w punktach opisujących wymagania dotyczące:

- (i) możliwość ustawienia parametrów oddechowych na podstawie wzrostu i płci pacjenta;
- (ii) SIMV;
- (iii) ciśnienie PEEP regulowane w zakresie min od 0 do 30 cm H₂O;
- (iv) Alarmy – Bezdechu

w sposób, który nie wskazuje pośrednio na urządzenie określonego producenta.

Ustalono ponadto, że 1 lipca 2022 r. zamawiający zamieścił na swej stronie internetowej modyfikację SWZ, zgodnie z którą w rozdziale III SWZ (Informacje o przebiegu postępowania), w pkt 4 (Opis kryteriów oceny ofert wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert) zamawiający przewidział:

1. Przy wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający będzie kierował się następującymi kryteriami i odpowiadającymi im znaczeniami oraz w następujący sposób będzie oceniał spełnienie kryteriów:

1) „Cena” – C (40%);

Oferta może otrzymać maksymalnie 40 pkt (1% = 1 pkt) w zakresie kryterium ceny.

2) „Parametry techniczne” – Pt (60%)

Oferta może otrzymać maksymalnie 60 pkt (1% = 1 pkt) w zakresie kryterium parametry techniczne.

Oferty będą oceniane metodą punktową w skali 100-punktowej przez komisję przetargową.

2. Powyższym kryteriom Zamawiający przypisał następujące znaczenie (Sposób punktacji w ramach kryteriów):

Kryterium	Waga [%]	Liczba punktów	Sposób oceny wg wzoru
Cena - C	40%	40	Cena najtańszej oferty $C = \frac{\text{Cena najtańszej oferty}}{\text{Cena badanej oferty}} \times 100$ pkt Cena badanej oferty
Najniższa oferowana cena otrzyma maksymalną ilość punktów tj. 40 Każda wyższa cena otrzyma ilość punktów wyliczoną wg. proporcji matematycznej w stosunku do ceny najniższej. Ocena punktowa w kryterium „Cena” dokonana zostanie na podstawie ceny ofertowej brutto wskazanej przez Wykonawcę w formularzu ofertowym (całkowite wynagrodzenie wykonawcy) i przeliczona według wzoru opisanego w tabeli powyżej. Punktacja przyznawana ofertom w powyższym kryterium będzie liczona z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku			

Parametry techniczne - Pt	60%	60	W ramach tego kryterium, Zamawiający może uzyskać 60 pkt, gdy zaoferuje: 1. Alarm bezdechu – TAK - 10 pkt, NIE – 0 pkt 2. Możliwość ustawienia parametrów oddechowych na podstawie wzrostu i płci pacjenta – TAK - 20 pkt, NIE – 0 pkt 3. Ciśnienie PEEP regulowane w zakresie min od 0 do 30 cm H ₂ O TAK - 10 pkt, NIE 0 pkt 4. SIMV – TAK - 20 pkt, NIE – 0 pkt
----------------------------------	------------	-----------	---

Po modyfikacji SWZ z 1 lipca 2022 r. W dalszym ciągu zamawiający wymagał, aby oferowane urządzenie posiadało: *System kontrolny akumulatora umożliwiający sprawdzenie poziomu naładowania i poprawność działania baterii bez potrzeby włączania urządzenia.*

Odwołanie, w zakresie rozpatrywanym merytorycznie, zasługiwało częściowo na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu 2 odwołania, to jest zarzutu naruszenia art. 16 pkt 1, art. 522 ust. 4 Pzp przez zaniechanie wykonania czynności do której zamawiający się zobowiązał w ślad za częściowym uwzględnieniem odwołania, tj. zmiany OPZ w skutek uwzględnienia zarzuty dotyczącego „systemu kontrolnego akumulatora umożliwiającego sprawdzenie poziomu naładowania i poprawność działania baterii bez potrzeby włączania urządzenia”.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z 28 lipca 2022 r., przed otwarciem rozprawy, oświadczył, że uwzględnia ww. zarzut odwołania. W trakcie posiedzenia Izby, w dniu 2 sierpnia 2022 r. przystępujący oświadczył, że nie wnosi sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego ww. zarzutu odwołania.

Mając na uwadze powyższe okoliczności faktyczne Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że postępowanie odwoławcze, w zakresie ww. zarzutu, podlegało umorzeniu na podstawie art. 522 ust. 4 ustawy Pzp. Zgodnie z przywoływanym przepisem, *W przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze w części dotyczącej tych zarzutów, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca albo wykonawca, który przystąpił po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia tych zarzutów. W takim przypadku Izba rozpoznaje pozostałe zarzuty odwołania. Zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów.* Stosownie do art. 568 pkt 3 ustawy Pzp, *Izba umarza*

postępowania odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku, o którym mowa w art. 522. W związku z powyższym Izba, działając na podstawie art. 522 ust. 4 i art. 568 pkt 3 ustawy Pzp, postanowiła jak w pkt 1 sentencji, odnośnie umorzenia postępowania odwoławczego w zakresie omawianego zarzutu odwołania.

Zasadne częściowo okazały się zarzuty naruszenia przepisów art. 16 w zw. z art. 240 ust. 2, art. 242 ust. 1 i 2 Pzp.

Zarzut nr 1 odwołania okazał się zasadny w części, w której odwołujący zarzucał, że przewidziana przez zamawiającego waga kryterium oceny ofert „parametry techniczne”, obejmującego parametry: „alarm bezdechu”, „możliwość ustawienia parametrów oddechowych na podstawie wzrostu i płci pacjenta”, „ciśnienie PEEP regulowane w zakresie od 0 do 30 cm H₂O”, „SIMV” na poziomie 60%, w okolicznościach danej sprawy, godziła w zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, zasadę proporcjonalności, co powodowało wyeliminowanie w postępowaniu jakiegokolwiek konkurencji i skutkowało możliwością uzyskania zamówienia wyłącznie przez przystępującego Resculine sp. z o. o. w Zielonej Górze, wyłącznego dystrybutora respiratora Medumat Standard 2 firmy Wienmann.

Zamawiający w modyfikacji SWZ z dnia 1 lipca 2022 r. wprowadził w SWZ jakościowe kryterium oceny ofert „parametry techniczne”, obejmujące „alarm bezdechu”, „możliwość ustawienia parametrów oddechowych na podstawie wzrostu i płci pacjenta”, „ciśnienie PEEP regulowane w zakresie od 0 do 30 cm H₂O”, „SIMV”, odnoszące się do oferowanych respiratorów, o łącznej wadze na poziomie 60%.

Jednocześnie zamawiający opisał w załączniku nr 1 do SWZ wymagane przez siebie parametry graniczne (odcinające).

Zostało wykazane w toku postępowania odwoławczego, że na rynku respiratorów, o klasie zamawianej przez zamawiającego, występują następujące respiratory: oferowane przez przystępującego Medumat Standard 2 firmy Wienmann, urządzenie oferowane przez odwołującego o nazwie ParaPac Plus 310, urządzenie Weinmann Medumat Standard A, Ambul 6000S, Otwo CAREvent ATV+, Otwo e700, Airon Pneuton A, Hersill Vitae 40, oraz urządzenia Bellavista (por. zestawienie respiratorów, załącznik do pisma odwołującego z 2 sierpnia 2022 r.), Hamilton T1 (por. odpowiedź na odwołanie i pismo procesowe przystępującego), Monnal t60, Newport HT70, Zoll Eagle II, Shangrila. Crossvent 3, Drager Oxylog 3000 plus, Muscax2 (por. pismo procesowe przystępującego).

Jednakże dobór parametrów granicznych (odcinających) w postępowaniu prowadził do sytuacji, w której spośród całej gamy urządzeń mogły być zaoferowane wyłącznie: urządzenie oferowane przez przystępującego Medumat Standard 2 firmy Wienmann oraz urządzenie oferowane przez odwołującego o nazwie ParaPac Plus 310.

Powyższe ustalono w pierwszej kolejności na podstawie stanowiącego załącznik do pisma procesowego odwołującego z 2 sierpnia 2022 r. zestawienia cech urządzeń (Medumat Standard 2 firmy Wienmann, ParaPac Plus 310, Weinmann Medumat Standard A, Ambul 6000S, Otwo CAREvent ATV+, Otwo e700, Airon Pneuton A, Hersill Vitae 40) z parametrami granicznymi wymaganymi przez zamawiającego, wyciągów z instrukcji obsługi ww. urządzeń. Ustalenia dokonano także na podstawie wyciągów instrukcji ww. urządzeń złożonych do akt postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1286/22.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wywodził wprawdzie, że wszystkie parametry graniczne spełnia również urządzenie Hamilton T1. Jednakże z dowodów załączonych przez zamawiającego do odpowiedzi na odwołanie (instrukcje i ulotki dot. ww. produktu) wynikała okoliczność przeciwna. Ze str. 8 dowodu zatytułowanego Hamilton -T1 Technical Specification for SW 2.2. x wynikało, że respirator Hamilton waży 6,5 kg. Tymczasem w załączniku nr 1 do SWZ zamawiający wymagał, aby oferowany respirator ważył max 4 kg plus minus 5%. Urządzenie Hamilton T1 cechowało też zasilanie w tlen o ciśnieniu od 2.8-6.0 Bara. Powyższe wynikało z dokumentu „Hamilton-T1 specyfikacja techniczna”, w którym wskazano, na parametr zasilania tlenem 280-600 kPa (41-87 psi) 120 l/min. Powyższe nie odpowiadało wymogowi zasilania w tlen o ciśnieniu od 2,7 do 6,0 bara, opisanemu w załączniku nr 1 do SWZ. Wreszcie urządzenie to nie spełniało także wymogu pracy minimum 10 godzin na baterii, gdyż posiadało możliwość pracy na baterii tylko „ponad 9 godzin”. Powyższe wynikało z ulotki ww. respiratora, załączonej do odpowiedzi na odwołanie. Wobec powyższego Izba stwierdziła, że ww. respirator nie mógł zostać zaoferowany w postępowaniu.

W trakcie rozprawy zamawiający dodatkowo podniósł, że w postępowaniu może zostać zaoferowane bliżej niesprecyzowane urządzenie odwołującego o nazwie Bellavista oraz urządzenie Hersill Vitae 40.

Odwołujący w trakcie rozprawy oświadczył, że rodziny respiratorów Bellavista nie należą do oferty odwołującego. Oświadczył, że są to produkty szwajcarskie. Wskazał także, że występuje kilka modeli tych produktów, jednak nie spełniają one parametrów granicznych. Przykładowo wskazał, że urządzenie Bellavista 1000 Neo nie spełnia opisanego w załączniku nr 1 do SWZ wymogu wagi, gdyż waży 12,010 kg, ani wymogu zasilania 12V, gdyż posiada zasilanie 24V. Obecny na rozprawie przystępujący po stronie zamawiającego oświadczył jedynie, że bliżej niesprecyzowane urządzenie z rodziny Ballavista spełnia wprawdzie wszystkie parametry punktowane, ale nie spełnia wszystkich parametrów granicznych. Zamawiający nie zaprzeczył ww. twierdzeniom odwołującego i przystępującego. W tej sytuacji Izba stwierdziła, że stanowisko zamawiającego, jakoby w postępowaniu mogło być zaoferowane bliżej niesprecyzowane urządzenie z rodziny

Bellavista, nie zostało poparte dowodami. Izba, w braku aktywności dowodowej, nie mogła bowiem uznać tego spornego faktu za ustalony.

Wbrew twierdzeniom zamawiającego w postępowaniu nie mogło zostać również zaoferowane urządzenie Hersill Vitae 40. Izba ustaliła, że urządzenie to nie spełniało kilku cech granicznych wskazanych w załączniku do pisma procesowego odwołującego z 2.8.2022 r., tj. parametru „*wbudowany czytnik kart pamięci wraz z kartą o pojemności min. 2 GB lub pamięć wewnętrzna z możliwością dostępu przez użytkownika do zapisywania monitorowanych parametrów oraz zdarzeń do późniejszej analizy – dotyczy respiratora zasilanego elektrycznie*” oraz parametru „*alarmu niskiego poziomu ciśnienia*”.

Powyższe ustalono na podstawie wyciągu z instrukcji użytkowania ww. urządzenia, załączonej przez odwołującego do pisma procesowego z dnia 2 sierpnia 2022 r. Z instrukcji tej wynikało, że urządzenie posiada jedynie alarm wysokiego ciśnienia, z czego należało wnioskować, że nie posiada alarmu niskiego ciśnienia. Z kolei z wyciągu z instrukcji złożonej przez odwołującego w toku postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 1286/22 s. 132 wynikało, jakie możliwości komunikacyjne posiada ww. respirator. Nie został tam wymieniony czytnik kart pamięci. Izba stwierdziła więc, że twierdzenie zamawiającego, jakoby w postępowaniu może zostać urządzenie Hersill Vitae 40, nie zostało wykazane. Izba, w braku aktywności dowodowej, nie mogła bowiem uznać tego spornego faktu za ustalony.

Dodatkowo w swym piśmie procesowym przystępujący podniósł, że na rynku istnieją także urządzenia Monnal t60, Newport HT70, Zoll Eagle II, Shangrila. Crossvent 3, Drager Oxylog 3000 plus, Muscax2. Wskazywał, że niektóre z nich spełniają poszczególne parametry oceniane. Jednakże przystępujący nie twierdził, że wskazane przez niego urządzenia spełniają wszystkie parametry graniczne i że w związku z powyższym mogą być zaoferowane w tym postępowaniu. Nie złożono Izbie także instrukcji, kart katalogowych czy choćby zestawienia - porównania cech tych urządzeń z parametrami granicznymi. Wobec powyższego Izba nie miała jakichkolwiek podstaw aby ustalić, że ww. urządzenia mogą być zaoferowane.

W tej sytuacji Izba stwierdziła, że z uwagi na parametry graniczne opisane w postępowaniu, z całej gamy urządzeń, o porównywalnej klasie i przeznaczeniu, a dostępnych na rynku, mogą być zaoferowane wyłącznie: urządzenie oferowane przez przystępującego Medumat Standard 2 firmy Weinmann oraz urządzenie oferowane przez odwołującego o nazwie ParaPac Plus 310.

Nie było również sporne między stronami, że ww. urządzenie oferowane przez odwołującego nie spełniało żadnego z parametrów jakościowych, ocenianych przez zamawiającego w kryterium oceny ofert: parametry techniczne, a więc „alarm bezdechu”, „możliwość ustawienia parametrów oddechowych na podstawie wzrostu i płci pacjenta”, „ciśnienie PEEP regulowane w zakresie od 0 do 30 cm H₂O”, oraz „SIMV”. Nie było też

sporne, że urządzenie oferowane przez przystępującego Medumat Standard 2 firmy Weinmann spełniało wszystkie parametry oceniane. W tej sytuacji w kryterium oceny ofert „parametry techniczne”, z uwagi na przypisaną im wagę, urządzenie odwołującego uzyskałoby 0 pkt, zaś urządzenie oferowane przez przystępującego - maksymalną liczbę 60 pkt.

Następnie, na podstawie symulacji zawartych na str. 2-3 pisma procesowego odwołującego z 2 sierpnia 2022 r. Izba ustaliła, że w tej sytuacji, biorąc pod uwagę zbliżone ceny rynkowe urządzeń, waga kryterium parametry techniczne okazała się na tyle duża, że przewaga w nim osiągnięta pozwalałaby przystępującemu na zaoferowanie cen nawet trzykrotnie wyższych od stosowanych przez niego standardowo na rynkowo, a i tak posiadałby gwarancję uzyskania zamówienia. Co więcej z kolejnej symulacji wynikało, że nawet gdyby odwołujący, sprowadzając rzecz do absurdu, obniżył cenę do symbolicznego 1 zł to i tak przystępujący mógłby zaoferować zamawiającemu cenę pięciokrotnie wyższą od stosowanych przez siebie cen rynkowych, a i tak uzyskałby zamówienie.

W tej sytuacji Izba stwierdziła, że - w okolicznościach danej sprawy - waga kryteriów jakościowych „parametry techniczne” naruszała zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Prowadziła bowiem do sytuacji, w której konkurowanie między odwołującym a przystępującym okazywało się jedynie teoretyczne możliwe, a praktycznie zostało wyłączone. Przez wagę spornych kryteriów jakościowych drugi z wykonawców de facto otrzymał bowiem gwarancję uzyskania zamówienia pomimo przeprowadzenia przez zamawiającego formalnie otwartego, konkurencyjnego postępowania.

Należało zgodzić się także z odwołującym, że tak opisane kryterium naruszało zasadę proporcjonalności, o której mowa w art. 16 pkt 3 Pzp. Zasada ta rozumiana jest jako stosowanie wymagań czy środków adekwatnych do potrzeb i zakładanych celów postępowania. Celem ustanowienia kryteriów jakościowych jest promowanie urządzeń lepszych jakościowo spośród urządzeń spełniających wymogi minimalne. Zamawiający spośród setek rozmaitych cech technicznych respiratorów wybrał 4 cechy i od ich istnienia uzależnił de facto możliwość uzyskania zamówienia. Nie zostało przez zamawiającego wykazane, że rola tych cech jest tak istotna, że jest gotowy w zamian za to na de facto wyłączenie jakiegokolwiek konkurencji w postępowaniu, czy zaakceptowanie cen kilkukrotnie wyższych od rynkowych. Jeżeli rzeczywiście po stronie zamawiającego istniała taka konieczność, to powinien wszcząć postępowanie w trybie zamówienia w wolnej ręce.

W dalszej kolejności przypomnienia wymagało, że zgodnie z art. 555 Pzp Izba związana jest jedynie zarzutami, a nie żądaniem odwołania. W tej sytuacji Izba, nie będąc związana żądaniem odwołania stwierdziła, że w celu przywrócenia w postępowaniu zasady proporcjonalności i uczciwej konkurencji wystarczającym będzie wykonanie modyfikacji specyfikacji warunków zamówienia przez zmianę wagi kryterium oceny ofert „parametry

techniczne”, obejmującego „alarm bezdechu”, „możliwość ustawienia parametrów oddechowych na podstawie wzrostu i płci pacjenta”, „ciśnienie PEEP regulowane w zakresie od 0 do 30 cm H₂O”, „SIMV” do maksymalnie łącznie 10 %. W piśmie procesowym z dnia 2 sierpnia 2022 r. odwołujący przedstawił również symulację, że w realiach rynkowych, przy zbliżonych cenach urządzeń odwołującego i przystępującego obniżenie wagi spornych kryteriów do 5-10%, dałoby eskpektatywę zachowania uczciwej konkurencji.

W pozostałym zakresie odwołane podlegało oddaleniu. W treści odwołania odwołujący domagał się nakazania zamawiającemu również wykreślenia kryterium oceny ofert parametry techniczne, obejmującego „alarm bezdechu”, „możliwość ustawienia parametrów oddechowych na podstawie wzrostu i płci pacjenta”, „ciśnienie PEEP regulowane w zakresie od 0 do 30 cm H₂O”, „SIMV”. W tym zakresie podkreślenia wymagało, że odwołujący w treści odwołania ani jednym zdaniem nie zarzucił, że cechy opisane przez zamawiającego w kryterium oceny ofert „parametry techniczne” nie wpływają w ogóle na jakość zaoferowanych respiratorów. Innymi słowy odwołujący nie twierdził w odwołaniu, że sporne cechy są bez znaczenia z punktu widzenia jakości oferowanego świadczenia. Cała argumentacja odwołującego przedstawiona w obecnym odwołaniu koncentrowała się wyłącznie wobec wagi spornych kryteriów, jej destrukcyjnego znaczenia dla konkurencyjności postępowania oraz faktu, że są to cechy respiratora oferowanego przez przystępującego. Jednakże odwołujący zaniechał zarzucenia w odwołaniu, że cechy te nie mają jakiegokolwiek wpływu na jakość oferowanych respiratorów, a tylko w takiej sytuacji Izba mogłaby nakazać zamawiającemu całkowite wykreślenie spornych kryteriów oceny ofert. Sama okoliczność, że są to cechy respiratora oferowanego przez przystępującego była niewystarczająca dla uwzględnienia tak daleko idącego żądania.

Jednocześnie dostrzeżenia wymagało, że w poprzednio wniesionym odwołaniu z dnia 12 maja 2022 r. rozpoznawanym przez Izbę pod sygn. akt KIO 1286/22 odwołujący zaskarżając ówczesne parametry graniczne „alarm bezdechu”, „możliwość ustawienia parametrów oddechowych na podstawie wzrostu i płci pacjenta”, „ciśnienie PEEP regulowane w zakresie od 0 do 30 cm H₂O”, „SIMV” był w stanie przedstawiać argumentację, jaka miała przemawiać za tym, że parametry te nie mogą stanowić parametrów odcinających. Przykładowo w przypadku trybu „SIMV” odwołujący zarzucał, że zarówno ten tryb jak i CMD/DEMAND są trybami, które synchronizują się z pacjentem podczas wentylacji. Podkreślić należało, że w obecnym odwołaniu w ogóle zabrakło argumentacji w tym zakresie. Okoliczność, że Izba w wyroku z dnia 31 maja 2022 r. zapadłym w sprawie o sygn. akt KIO 1286/22, oceniając zgromadzony ówczesnie w sprawie materiał dowodowy, stwierdziła, że zamawiający nie wykazał uzasadnionej potrzeby w zastosowaniu ww. parametrów jako parametrów granicznych (odcinających), nie zwalniała

odwołującego, w sytuacji, gdy obecnie te same parametry stały się jedynie parametrami ocenianymi, od przedstawienia zarzutów, dlaczego ww. parametry nie czynią oferowanych respiratorów lepszymi jakościowo.

Podkreślić należało, że postępowanie odwoławcze przed Izbą jest postępowaniem kontradictoryjnym. Postępowanie to nie jest oparte więc na zasadzie prawdy materialnej a jedynie tzw. prawdy formalnej. To, że zamawiający w poprzednim postępowaniu odwoławczym nie udźwignął ciężaru wykazania potrzeby posiadania ww. parametrów jako parametrów granicznych nie oznaczało jeszcze, że zamawiający byłoby pozbawiony możliwości wykazania potrzeby w posiadaniu tych parametrów jako ocenianych w obecnym postępowaniu. Jednakże takie ustalenia mogłyby być prowadzone przez Izbę w obecnym postępowaniu odwoławczym wyłącznie w sytuacji, gdyby stosowny zarzut został postawiony i uzasadniony w treści rozpatrywanego odwołania, co jednak nie miało miejsca. Wobec powyższego Izba stwierdziła, że wobec zaniechań odwołującego przy formułowaniu zarzutów i ich uzasadnieniu, nie jest obecnie sporne, że parametry jakościowe opisane przez zamawiającego w SWZ, co do zasady, czynią oferowane urządzenie lepszym jakościowo. W konsekwencji parametry te mogły stanowić kryterium oceny ofert.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba, działając na podstawie art. 541 Pzp, postanowiła oddalić wniosek zamawiającego zawarty w odpowiedzi na odwołanie o przeprowadzenie dowodu z zeznań świadka, na okoliczności przydatności dla zamawiającego parametrów ocenianych, gdyż przydatność taka nie została zakwestionowana w odwołaniu. Czynienie zatem ustaleń w tym zakresie okazało się zbyteczne.

Izba, działając na podstawie art. 541 Pzp, postanowiła oddalić wnioski o przeprowadzenie dowodów z dokumentów zgłaszanych na okoliczność przydatności lub nieprzydatności dla zamawiającego parametrów ocenianych, gdyż przydatność taka nie została zakwestionowana w odwołaniu. Czynienie zatem ustaleń w tym zakresie okazało się zbyteczne.

Izba, działając na podstawie art. 541 Pzp, postanowiła oddalić wniosek odwołującego zawarty w piśmie procesowym z 2 sierpnia 2022 r. o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu medycyny ratunkowej, na okoliczność ustalenia faktu dotyczącego tego, które z urządzeń dostępnych na rynku spełnia wszystkie rozpatrywane łącznie wraz kryteriami wymagania zamawiającego. Izba stwierdziła, że ustalenie ww. faktów nie wymaga wiadomości specjalnych, a jedynie przedstawienia kart katalogowych urządzeń dostępnych na rynku i porównania ich z parametrami wymaganymi i ocenianymi przez zamawiającego.

Izba, działając na podstawie art. 541 Pzp, postanowiła oddalić wniosek odwołującego o zobowiązanie zamawiającego do przedstawienia dowodów, z których wynika na jakich danych oparł się przy ustaleniach w przedmiocie urządzeń dostępnych na rynku spełniających wymagania zamawiającego. Izba stwierdziła, że ustalanie ww. faktów jest

zbyteczne dla wyrokowania w sprawie. Zdaniem Izby czynienie ustaleń na temat sposobu, w jaki zamawiający doszedł do opisu parametrów granicznych i jakościowych nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy. Badaniu pod względem zgodności z prawem podlegają bowiem konkretne postanowienia SWZ, a nie motywacja, jaka legła u podstaw ich stworzenia.

Kierując się powyższymi rozważaniami Izba stwierdziła, że ww. wnioski dowodowe podlegają oddaleniu, gdyż dowody te zostały powołane jedynie dla zwłoki.

Stosownie do art. 553 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t. jedn. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie.* Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 2, 3 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do częściowego uwzględnienia i oddalenia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 1, 4 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło odpowiednio umorzenia części postępowania odwoławczego oraz kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 553 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięć o charakterze merytorycznym (pkt 2, 3 sentencji) i formalnym (pkt 1, 4 sentencji), całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, *Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców.* W analizowanej sprawie stwierdzone naruszenia przepisów art. 16 w zw. z art. 240 ust. 2, art. 242 ust. 1 i 2 Pzp, mogą mieć istotny wpływ na wynik postępowania, gdyż zamawiający z naruszeniem ww. przepisów ukształtował wagę spornych pozacenowych kryteriów oceny ofert.

W świetle art. 554 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, *uwzględniając odwołanie, Izba może jeżeli umowa nie została zawarta:*

- a) nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego albo*
- b) nakazać unieważnienie czynności zamawiającego, albo*
- c) nakazać zmianę projektowanego postanowienia umowy albo jego usunięcie, jeżeli jest niezgodne z przepisami ustawy.*

W konsekwencji Izba nakazała zamawiającemu wykonanie czynności modyfikacji specyfikacji warunków zamówienia przez zmianę wagi kryterium oceny ofert „parametry techniczne”, obejmującego „alarm bezdechu”, „możliwość ustawienia parametrów oddechowych na podstawie wzrostu i płci pacjenta”, „ciśnienie PEEP regulowane w zakresie od 0 do 30 cm H₂O”, „SIMV” do maksymalnie łącznie 10 %.

Odnosnie żądań, których Izba nie podzieliła, na podstawie art. 554 ust. 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 3 sentencji. Stosownie do przywoływanego przepisu, *w przypadku uwzględnienia odwołania w części, w sentencji wyroku Izba wskazuje, które zarzuty uznała za uzasadnione, a które za nieuzasadnione.*

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.* Z kolei w świetle art. 575 ustawy Pzp, *strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.*

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.*

W analizowanej sprawie, w zakresie rozpatrywanym merytorycznie, odwołanie okazało się zasadne w połowie. Odpowiedzialność za wynik postępowania ponosili zatem odwołujący i zamawiający po połowie. Na koszty postępowania składał się wpis od odwołania uiszczony przez odwołującego w kwocie 15.000 zł, koszty poniesione przez odwołującego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w maksymalnej wysokości 3.600,00 zł, oraz koszty poniesione przez zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3.600,00 zł, ustalone na podstawie rachunków złożonych do akt sprawy (łącznie 22.200,00 zł).

Odwołujący poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości 18.600 zł tytułem wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika (15.000 +3.600), tymczasem odpowiadał za nie jedynie do wysokości 11.100,00 zł (22.200,00 zł x 1/2). Wobec powyższego Izba zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 7.500,00 zł (18.600,00 zł – 11.100,00 zł), 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 odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 oraz art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy §9 ust. 3 pkt 3 w zw. § 7 ust. 2 pkt 1 oraz § 7 ust. 3 pkt 1 i 2 w zw. z § 5 pkt 1 oraz pkt 2 lit. a, b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: