Sygn. akt: KIO 719/15

WYROK
z dnia 23 kwietnia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Stręciwilk

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 kwietnia 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 kwietnia 2015 r. przez wykonawcę **Abbott Laboratories Poland Sp. z o.o., ul. Postępu 21B, 02-676 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny nr 7** Śląskiego **Uniwersytetu Medycznego w Katowicach Górnośląskie Centrum Medyczne im. prof. Leszka Gieca, ul. Ziołowa 45/47, 40-635 Katowice**

przy udziale:

1) wykonawcy **Medtronic Poland Sp. z o.o., ul. Ostrobramska 101, 04-041 Warszawa**
2) wykonawcy **ADO-MED Sp. z o.o., ul. Bytomska 38b, 41-600** Świętochłowice,

zgłaszających swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. **uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu, tj. Samodzielnemu Publicznemu Szpitalowi Klinicznemu nr 7** Śląskiego **Uniwersytetu Medycznego w Katowicach Górnośląskie Centrum Medyczne im. prof. Leszka Gieca, wprowadzenie zmian w treści postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w celu opisania - w sposób jednoznaczny i wyczerpujący - przedmiotu zamówienia w zakresie ustalenia, czy** żądanie **dostarczenia przez wykonawcę wybranego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stołu angiograficznego mieści się w zakresie opisu przedmiotu zamówienia**

---

w trybie odpłatnej umowy zawieranej w sprawie zamówienia publicznego oraz zmodyfikowanie postanowień § 8 ust. 3 załącznika nr 1 oraz załącznika nr 1a do Specyfikacji, poprzez określenie minimalnego poziomu zakupów, których będzie dokonywał Zamawiający w ramach niniejszego zamówienia alternatywnie wykreślenie wskazanych postanowień Specyfikacji dotyczących możliwości odstąpienia przez Zamawiającego od zakupów w ilości przewidzianej w ofercie w przypadku zmiany zapotrzebowania, a w pozostałym zakresie uznaje zarzuty i żądania **odwołania za nieuzasadnione;**

2. kosztami postępowania obciąża **Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny nr 7** Śląskiego **Uniwersytetu Medycznego w Katowicach Górnośląskie Centrum Medyczne im. prof. Leszka Gieca, ul. Ziołowa 45/47, 40-635 Katowice** i:
   2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę **Abbott Laboratories Poland Sp. z o.o., ul. Postępu 21B, 02-676 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania
   2.2 zasądza od **Samodzielnego Publicznego Szpitala Klinicznego nr 7** Śląskiego **Uniwersytetu Medycznego w Katowicach Górnośląskie Centrum Medyczne im. prof. Leszka Gieca, ul. Ziołowa 45/47, 40-635 Katowice** na rzecz wykonawcy **Abbott Laboratories Poland Sp. z o.o., ul. Postępu 21B, 02-676 Warszawa** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 poz. 907 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 Katowicach.**

Przewodniczący: ……

Sygn. akt: KIO 719/15

Uzasadnienie

Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny nr 7 Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach Górnośląskie Centrum Medyczne im. prof. Leszka Gieca (dalej: „Zamawiający") prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „Dostawę *stentów wieńcowych, stentów wieńcowych pokrywanych lekiem, implantów kardiochirurgicznych, wyrobów medycznych do inwazyjnych zabiegów kardiologicznych".* Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2013 r. poz. 907 ze zm.), zwanej dalej: „ustawa *Pzp".* Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE z dnia 28 marca 2015 r. pod nr 2015/S 062-108057.

W postępowaniu tym wykonawca Abbott Laboratories Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący") w dniu 9 kwietnia 2015 r. złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu w tej samej dacie. Zarzuty odwołania dotyczą postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ"), która została zamieszczona na stronie internetowej Zamawiającego w dniu 30 marca 2015 r.

Zamawiający kopię odwołania wraz z wezwaniem do przyłączenia się do niniejszego postępowania zamieścił na swojej stronie internetowej w dniu 10 kwietnia 2015 r. W dniu 13 kwietnia 2015 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęły dwa zgłoszenia przystąpień do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, złożone odpowiednio przez wykonawcę Medtronic Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Przystępujący *Medtronic")* i wykonawcę ADO-MED Sp. z o.o. z siedzibą w Świętochłowicach (dalej: „Przystępujący *ADO-MED").* Kopie zgłoszeń przystąpień zostały przekazane stronom postępowania odwoławczego.

Izba po przeprowadzeniu czynności formalnoprawnych związanych z wniesionym odwołaniem skierowała je do rozpoznania na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania, a następnie na rozprawie. Posiedzenie oraz rozprawa w przedmiotowej sprawie odbyły się w dniu 20 kwietnia 2015 r.

Uwzględniając pisma złożone w sprawie oraz oświadczenia złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła co następuje.

Odwołujący wniósł odwołanie na treść postanowień SIWZ. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu obrazę następujących przepisów prawa:

1) naruszenie art. 29 ust. 1, 2 i 3 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia określonego w Załączniku nr 2b do SIWZ Formularz Cenowy - pozycje 1, 2, 3, 4, 6, 7, 9, w sposób który może utrudniać uczciwą konkurencję, w tym w szczególności poprzez wskazanie dokładnych parametrów wyrobów medycznych, które nie są uzasadnione względami medycznymi oraz potrzebami Zamawiającego bez możliwości dopuszczenia wskazania parametrów minimalnych lub granicznych lub dopuszczenie produktów równoważnych o takich samych właściwościach i funkcjonalności;
2) naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, art. 36 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp oraz art. 710 i 713 Kodeksu cywilnego (dalej: „KC") w związku z art. 14 ustawy Pzp, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia określonego w pkt 3.5 SIWZ oraz Załączniku nr 5 do SIWZ Zestawienie parametrów technicznych i funkcjonalnych oraz w związku z postanowieniem wzoru umowy § 7 ust. 3 Załącznik nr 1 do SIWZ oraz § 8 ust. 3 Załącznika nr 1a do SIWZ, tj. polegające na żądaniu użyczenia

Zamawiającemu stołu angiograficznego oraz uwzględnienie kosztów użyczenia i zużycia stołu w cenie stentów, implantów kardiochirurgicznych, wyrobów medycznych do inwazyjnych zabiegów kardiologicznych w sposób, który może utrudniać uczciwą konkurencję, w tym żądanie uwzględnienia kosztów użyczenia, co narusza art. 710 i 713 KC w związku z art. 14 ustawy Pzp, ponieważ umowa użyczenia ma ze swojej istoty charakter nieodpłatny i to użyczający jest zobowiązany do ponoszenia kosztów używania rzeczy, a w przypadku przyjęcia, iż mamy do czynienia z umową dzierżawy lub najmu rzeczy ruchomej oraz koniecznością uwzględnienia kosztów dzierżawy/najmu w cenie wyrobów medycznych brak jest możliwości sporządzenie przez wykonawców porównywalnych ofert, m.in. z uwagi na zastosowanie różnych stawek podatku od towarów i usług dla wyrobów medycznych (stawka 8%) oraz dzierżawy/najmu (stawka 23%) oraz z uwagi na fakt, iż Zamawiający, zgodnie ze wzorem umowy § 7 ust. 3 Załącznika nr 1 do SIWZ oraz § 8 ust. 3 Załącznika nr 1a do SIWZ zastrzegł sobie prawo do nie złożenia zamówień w ilości przewidzianej w ofercie w przypadku zmiany zapotrzebowania, co uniemożliwia wykonawcom prawidłowe skalkulowanie oferty, w sposób gwarantujący porównywalność ofert.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o:

1) merytoryczne rozpatrzenie oraz uwzględnienie niniejszego odwołania;
2) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentacji postępowania na okoliczności wskazane w odwołaniem;
3) nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści SIWZ poprzez:
a) wykreślenie pkt 3.5 SIWZ oraz Załącznika nr 5 Zestawienie parametrów technicznych i funkcjonalnych i Załącznika nr 1b - wzór umowy użyczenia do SIWZ, tj. usunięcie z opisu przedmiotu zamówienia żądania użyczenia Zamawiającemu stołu angiograficznego oraz uwzględnienie kosztów użyczenia i zużycia stołu w cenie stentów, implantów kardiochirurgicznych, wyrobów medycznych do inwazyjnych zabiegów kardiologicznych;
b) zmianę opisu przedmiotu zamówienia w Załączniku 2b do SIWZ - Formularz cenowy na opis zapewniający większą konkurencję wykonawców w postępowaniu, poprzez nadanie poszczególnym pozycjom tabeli formularza następującego brzmienia:

Pozycja 1 - Stenty uwalniające lek antyproliferancyjny Evorolimus albo Zotarolimus, platforma kobaltowo-chromowa, średnica 2,25 do 4.0 mm i długości w zakresie od 8 do 38 mm, profil przejścia max. 0.042 dla rozmiaru 3.0 mm, ciśnienie nominalne min. 9 atm, RBB min. 15 atm;
Pozycja 2 - Stenty kobaltowo chromowe, o grubości ściany max.0.0036”, przeznaczone do bezpośredniego stentowania, o średnicy w pełnym zakresie od 2.25 do 4.0 mm i długości od 8 do 30 mm, ciśnienie nominalne min. 9 atm, ciśnienie RBP dla stentu o średnicy 3.0 mm min. 16 atm, profil max. 0.042” dla średnicy 3.0 mm, z udokumentowanym niskim odsetkiem restenoz;
Pozycja 3 - Cewnik balonowy do PCI - dostępne zarówno balony typu rapid Exchange, jak i typu OTW, średnice 1.50-4.00 mm i długościach 6-30 mm, profil przejścia max. 0.031" dla średnicy 3.0 mm; RBP 12-14 atm, ciśnienie nominalne min. 6 atm;
Pozycja 4 - Cewnik prowadzący w rozm. 5F - 8F; światło wewn. dla 6F min. 0.070", metalowe zbrojenie na całej długości cewnika, dobre podparcie cewnika, miękka atraumatyczna końcówka cewnika, dostępne w szerokiej gamie krzywizn dla każdej średnicy;
Pozycja 6 - Inflator - wysokociśnieniowa strzykawka do PCI; ciśnienie 0 do 30 atm; pojemność 25-30 ml, z ruchomą „męską" końcówką; przełącznik mechanizmu szybka - wolna inflacja; z blokadą umieszczoną w rękojeści; wyposażony w dren wysokociśnieniowy o długości ok. 25 cm i kranik trójdrożny;
Pozycja 7 - Cewnik balonowy uwalniający lek, z balonem o długościach w zakresie 10 – 30 mm, średnice w zakresie 2.0 - 4.0 mm, RBP min. 12 atm, ciśnienie nominalne min. 6 atm,

profil przejścia <= 0.030”, shaft proksymalny < 2.5 F dla wszystkich rozmiarów, udokumentowana długość leczenia przeciwpłytkowego min. 6 miesięcy;
Pozycja 9 - Zestaw do tętnicy promieniowej (igła, introducer, prowadnik) min. 5F, długość w zakresie 6-25 cm z prowadnikiem 0.018”, igłą o długości w zakresie 3-4 cm, gładkie przejście między koszulką a rozszerzeniem;

4) Zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego, według norm przypisanych oraz na podstawie przedłożonej faktury VAT.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał na następujące okoliczności:

W ocenie Odwołującego treść SIWZ narusza zasady dokonywania opisu przedmiotu zamówienia wyrażone w art. 29 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp oraz zasadę zachowania uczciwej konkurencji wynikającą z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, art. 36 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp oraz art. 710 i 713 KC w związku z art. 14 ustawy Pzp.

Co do pierwszego zarzutu Odwołujący podniósł, że przedmiotem zamówienia są wyroby medyczne, których szczegółowy opis Zamawiający zawarł w Załączniku 2b do SIWZ, tj. Formularzu Cenowym. Wskazał na szczegółowy opis przedmiotu zamówienia w pozycjach: 1, 2, 3, 4, 6, 7, 9 wskazanego załącznika. Podkreślił, że opis przedmiotu zamówienia dokonany przez Zamawiającego wskazuje bardzo precyzyjnie na parametry techniczne zamawianych wyrobów medycznych, a tym samym odnosi się do wyrobów produkowanych przez konkretnego lub konkretnych wykonawców. Podniósł, że Zamawiający wymaga m.in. dostarczenia wyrobów spełniających konkretnie określone wymagania techniczne, np. w zakresie technologii wykonania lub wymaga posiadania przez wyrób konkretnych parametrów takich, jak m.in. techniki wykonania wyrobu, profili, średnic, grubości ścian, wymagań co do ciśnienia, nie wskazując jednocześnie na parametry graniczne (minimalne lub maksymalne) oraz nie dopuszczając jednocześnie wyrobów posiadających taką samą funkcjonalność i właściwości. Jego zdaniem dokonany przez Zamawiającego opis przedmiotu zamówienia, w tym odwołanie się do konkretnych parametrów lub właściwości wyrobu, nie jest uzasadniony względami medycznymi, właściwościami czy funkcjonalnością wyrobów medycznych. Zamawiający, dokonując opisu przedmiotu zamówienia według Odwołującego faworyzuje tym samym konkretnych wykonawców, których wyroby medyczne i ich parametry techniczne zostały dokładnie odzwierciedlone w opisie przedmiotu zamówienia. Odwołujący wskazał, iż przypuszcza, że opis przedmiotu zamówienia został przygotowany w oparciu o parametry wyrobów produkowanych przez jednego, konkretnego wykonawcę. Podkreślił, że sposób opisu przedmiotu zamówienia, którego dokonał Zamawiający, określając bardzo precyzyjnie, choć bez wskazania nazwy, bądź znaków towarowych konkretnych producentów, wymagania

techniczne wyrobów medycznych, w niniejszym postępowaniu przyjmuje formę dyskryminacji pośredniej, bo jak wskazuje się w orzecznictwie dyskryminacja wykonawców może wynikać z użycia przy opisie przedmiotu zamówienia zarówno oznaczeń konkretnego producenta lub konkretnego produktu (dyskryminacja bezpośrednia), jak również posługiwania się parametrami wskazującymi na konkretnego producenta lub konkretny produkt (dyskryminacja pośrednia). Za formę dyskryminacji pośredniej zaś należy także uznać ustalanie wymagań na tyle rygorystycznych, że nie jest to uzasadnione potrzebami zamawiającego, a jednocześnie ograniczający krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia. Według niego dokonanie opisu przedmiotu zamówienia określonego w Załączniku nr 2b do SIWZ Formularz Cenowy - pozycje 1, 2, 3, 4, 6, 7, 9 poprzez wskazanie dokładnych parametrów wyrobów medycznych, które nie są uzasadnione względami medycznymi oraz potrzebami Zamawiającego, bez możliwości dopuszczenia produktów równoważnych o takich samych właściwościach i funkcjonalności oraz bez wskazania wymagań granicznych lub minimalnych stanowi ograniczenie kręgu potencjalnych wykonawców. Odwołujący podkreślił, że ma świadomość, iż to Zamawiający jest gospodarzem postępowania i opisuje przedmiot zamówienia z uwzględnieniem swoich potrzeb, niemniej jednak - jego zdaniem - swoboda precyzowania wymagań Zamawiającego doznaje ograniczeń, w ten sposób, iż muszą mieć one uzasadnienie pozwalające na zrównoważenie ograniczenia konkurencji, a dokonany opis nie może naruszać konkurencji ani równego traktowania wykonawców. W jego ocenie jeżeli wyroby medyczne, które może zaoferować wykonawca mają takie samo działanie i funkcjonalność, a tym

samym realizują cel założony przez Zamawiającego, to brak jest przesłanek do ograniczenia konkurencji. Odwołujący wskazał też na art. 29 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym Zamawiający zobowiązany jest dopuścić zaoferowanie produktów równoważnych, przy czym pojęcie równoważności produktów, nie może oznaczać ich tożsamości, ponieważ przeczyłoby to istocie oferowania produktów równoważnych i czyniłoby oferowanie produktów równoważnych w praktyce niemożliwym do spełnienia. Na poparcie swojego stanowiska Odwołujący powołał się na orzecznictwo (wyrok KIO z dnia 2 października 2014 r. w sprawie KIO 1948/14 oraz uchwałę KIO z dnia 25 kwietnia 2014 r. w sprawie KIO/KD 35/14, wyrok KIO z dnia 5 maja 2014 r. w sprawie KIO 765/14, wyrok KIO z dnia 13 stycznia 2009 r. w sprawie KIO 1502/08, wyrok KIO z dnia 14 marca 2014 r. w sprawie KIO 380/14, wyrok KIO z dnia 29 października 2013 r. w sprawie KIO 2424/13, wyrok KIO z dnia 24 lutego 2014 r. w sprawie KIO 256/14, wyrok SA w Warszawie z dnia 24 stycznia 2012 r. w sprawie VI Aca 965/11) oraz stanowisko doktryny.

Co do drugiego zarzutu podkreślił, że zgodnie z pkt 3.5 SIWZ oraz Załącznika nr 5 - Zestawienie parametrów technicznych i funkcjonalnych Zamawiający żąda od wykonawców

użyczenia stołu angiograficznego oraz uwzględnienie kosztów użyczenia i zużycia stołu w cenie oferowanych wyrobów medycznych, tj. stentów, implantów kardiochirurgicznych, wyrobów medycznych do inwazyjnych zabiegów kardiologicznych. Odwołujący wskazał, iż połączenie w jednym zamówieniu dostawy wyrobów medycznych oraz żądanie użyczenia stołu angiograficznego w istotny sposób ogranicza konkurencję, ponieważ zmusza producentów lub dystrybutorów wyrobów medycznych, którzy samodzielnie nie produkują tak specjalistycznych urządzeń, jak stół angiograficzny, do nabycia, a następnie użyczenia Zamawiającemu takiego sprzętu, przy czym nabycie przez Zamawiającego (niezależnie od formy prawnej) stołu angiograficznego może być realizowane niezależnie w ramach oddzielnego zamówienia lub jako odrębna część zamówienia, co pozwoli na zwiększenie konkurencji oraz dopuszczenie do złożenia ofert większej liczy zainteresowanych wykonawców. W dalszej kolejności Odwołujący podniósł, że przyjęta przez Zamawiającego forma rozliczenia kosztów użyczenia i eksploatacji stołu narusza przepisy KC oraz uniemożliwia złożenie przez wykonawców porównywalnych ofert w postępowaniu. Podkreślił, że zgodnie z pkt 3.5 SIWZ Zamawiający żąda, aby koszt użyczenia i eksploatacji stołu został uwzględniony w cenie oferowanych wyrobów medycznych. W pierwszej kolejności wskazał, iż zgodnie z art. 710 KC umowa użyczenia ma charakter nieodpłatny, a zgodnie z art. 713 KC to użyczający jest zobowiązany do ponoszenia kosztów eksploatacji przedmiotu użyczenia. Wskazał, że z uwagi na nieodpłatny charakter umowy użyczenia żądanie Zamawiającego w zakresie uwzględnienia w cenie wyrobów kosztów użyczenia i eksploatacji stanowi oczywiste naruszenie art. 710 i 713 KC. Wskazał, że jeżeli przekazanie Zamawiającemu stołu angiograficznego miałoby przyjąć formę dzierżawy lub najmu rzeczy ruchomej, to należy zauważyć, że z uwagi na różne stawki podatku od towarów i usług, tj. 8% dla wyrobów medycznych oraz 23% dla umów dzierżawy/najmu ruchomości, wykonawcy nie będą mogli skalkulować oferty w sposób założony przez Zamawiającego, tj. poprzez uwzględnienie kosztów przekazania i eksploatacji stołu w cenie oferowanych wyrobów medycznych. Odwołujący podniósł też, że zgodnie z postanowieniami wzorów umów w przedmiotowym postępowaniu, tj. postanowieniem wzoru umowy § 7 ust. 3 Załącznika nr 1 do SIWZ oraz § 8 ust. 3 Załącznika nr 1a do SIWZ Zamawiający zastrzegł sobie prawo do nie złożenia zamówień w ilości przewidzianej w ofercie w przypadku zmiany zapotrzebowania, a więc *de facto* do ograniczenia przedmiotu zamówienia w trakcie jego realizacji. Przyjęty przez Zamawiającego sposób kalkulacji ceny oferty oraz możliwość ograniczenia w każdym czasie dostaw realizowanych przez wykonawców, a tym samym brak gwarancji realizacji zamówienia zdaniem Odwołującego powoduje, iż wykonawcy nie będę mogli skalkulować ofert, a zapisy pkt 3.5 SIWZ w obecnym brzmieniu mogą ostatecznie prowadzić do braku porównywalności ofert składanych przez wykonawców. Powołując się

na wyrok KIO z dnia 1 sierpnia 2013 r. w sprawie KIO 1711/13, Odwołujący podkreślił, że Zamawiający, opisując przedmiot zamówienia, nie może ograniczyć się do wyspecyfikowania

wymagań technicznych czy lokalizacji danego przedsięwzięcia, ale musi uwzględnić wszystkie okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, co wynika z art. 29 ust. 1 ustawy Pzp. Jego zdaniem przyjęta przez Zamawiającego formuła obliczenia ceny oferty, poprzez uwzględnienie w cenie wyrobów kosztów dostarczenia i eksploatacji stołu angiograficznego, w związku z zapisami wzoru umowy, które pozwalają Zamawiającemu na swobodne ograniczenie zakresu realizowanych dostaw prowadzi do naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp oraz art. 36 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, który nakazuje Zamawiającemu precyzyjnie opisać w SIWZ sposób obliczania ceny. W świetle powołanych okoliczności, w tym zapisów SIWZ oraz wzoru umowy zdaniem Odwołującego kalkulacja ceny ofertowej byłaby oparta na ryzykanctwie czy hazardzie wykonawców, a nie na obliczeniu danych oraz wycenieniu ryzyk, które mogą zaistnieć podczas wykonania umowy, powyższe może zaś powstrzymać wykonawcę przed złożeniem oferty, czyli wpłynie na brak zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, co jest naruszeniem zasady zamówień publicznych unormowanej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący w toku rozprawy podtrzymał w całości odwołanie, wnosząc o jego uwzględnienie i zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3 600 zł na podstawie faktury VAT przedłożonej do akt sprawy. W toku rozprawy złożył także wraz z pismem procesowym dowody w sprawie na potwierdzenie pierwszego z podnoszonych zarzutów. Wskazał, że produkty opisane przez Zamawiającego w poz. 1, 2 i 3 zał. nr 2b do SIWZ stanowią odzwierciedlenie danych technicznych produktów oferowanych przez Przystępującego Medtronic. Na potwierdzenie powyższego w załączniku nr 1 do złożonego pisma Odwołujący przedłożył ofertę handlową Przystępującego Medtronic wraz z kartami katalogowymi poszczególnych produktów, co - jego zdaniem - wskazuje jednoznacznie na opisanie w SIWZ parametrów technicznych produktów opisanych w poz. 1, 2 i 3 zał. nr 2b ze wskazaniem na konkretnego wykonawcę, tj. Przystępującego Medtronic. Na powyższe, w jego ocenie, wskazuje także instrukcja użytkowania stentu wieńcowego oraz systemu wprowadzania Przystępującego Medtronic, którą Odwołujący przedłożył także jako dowód w sprawie w załączniku nr 2 do wskazanego pisma. Wskazał też, że przykładowo takie parametry techniczne oczekiwanych produktów, jak średnica, konkretna długość czy technika wykonania, potwierdzają, że Zamawiający żąda identycznego produktu, jak oferowany przez Przystępującego Medtronic. Odwołujący wskazał także, że Zamawiający w uprzednio prowadzonych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego na podobny przedmiot zamówienia nie stawiał takich drobiazgowych wymagań technicznych,

co pozwalało na konkurencję w postępowaniach, a na potwierdzenie powyższego przedłożył formularze cenowe poprzednio prowadzonych postępowań przez Zamawiającego wskazanych jako załącznik 3 do swojego pisma. Odwołujący podkreślił też, że brak jest konkretnych wskazań medycznych dla potrzeby żądania tych szczegółowych wymagań technicznych w zakresie żądanych produktów na potwierdzenie czego przedłożył w załączniku nr 4 do pisma wytyczne grupy roboczej Europejskiego Towarzystwa Kardiologicznego z 2014 r., wskazując jednocześnie, iż w tym dokumencie w tabeli nr 10 wskazuje się na równi dopuszczalne i rekomendowane do stosowania w praktyce klinicznej produkty Odwołującego, tj. z poz. nr 3 tabeli XIENCE, jak i produkty Przystępującego Medtronic, tj. z poz. nr 2 tabeli RESOLUTES.

Zamawiający w toku rozprawy przed Izbą wniósł o oddalenie odwołania i zasądzenie na jego rzecz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego w kwocie 3 600 zł na podstawie faktury VAT przedłożonej do akt sprawy przed zamknięciem rozprawy.

Odnosząc się do zarzutu żądania użyczenia stołu angiograficznego w ramach postępowania Zamawiający wskazał, że to, iż Odwołujący nie posiada w swojej ofercie danego przedmiotu zamówienia nie ogranicza konkurencji, bowiem Zamawiający nie stawiał wymogu, aby producentem stołu angiograficznego był dostawca wyrobów medycznych. Wskazuje, że uzasadnieniem do zastosowania bezpłatnego użyczenia na rzecz Zamawiającego stołu angiograficznego była kwestia szukania oszczędności. Podkreślił, że postanowienia SIWZ wyraźnie wskazywały, że Zamawiający oczekuje udostępnienia mu stołu angiograficznego na podstawie użyczenia, a więc bezpłatnie - Zamawiający nie oczekiwał ani dostawy, ani najmu, ani dzierżawy tego sprzętu medycznego. Podkreślił, że

koszty umowy użyczenia Zamawiający precyzyjnie wyspecyfikował w postanowieniach SIWZ i są to koszty szkoleń, przeglądów, napraw i serwisu gwarancyjnego, szczegółowo określone we wzorze umowy użyczenia, określonym w załączniku nr 1b do SIWZ. Zamawiający podkreślił, że nie przewidywał tutaj czynszu dzierżawnego czy wynikającego z umowy najmu, nie wskazywał także na wartość sprzętu. Powyższe w jego ocenie wskazuje, że zarzuty i argumentacja Odwołującego, co do zastosowania w sposób bezprawny określonych kosztów przy bezpłatnej umowie użyczenia, nie mają znaczenia. Co do argumentu możliwości niewykorzystania całego zakresu przedmiotu zamówienia Zamawiający wskazał, iż nie zakłada, aby to postanowienie w praktyce znalazło swoje wypełnienie. Zamawiający, biorąc pod uwagę swoje doświadczenia z przeprowadzanych w jednostce szpitala w poprzednich latach ilości zabiegów, zakłada, że będzie wykorzystany cały zakres przedmiotu zamówienia.

Co do pierwszego zarzutu odwołania Zamawiający wskazał, że przywołane przez Odwołującego wytyczne Europejskiego Towarzystwa Kardiologicznego pochodzą z 2014 r., natomiast znane są także publikacje naukowe i aktualna praktyka, które wskazują na to, że coraz większe jest zapotrzebowanie na stosowanie w zabiegach kardiologicznych przy węższych naczyniach wieńcowych stentów o sinusoidalnej budowie. Podkreślił, że tego rodzaju stenty są niezbędne w praktyce medycznej dla wybranej grupy pacjentów, a takimi pacjentami są pacjenci „trudni" obsługiwani przez Zamawiającego, tj. ośrodek o najwyższym stopniu referencyjności. Wskazał, iż nieprawdziwe są twierdzenia Odwołującego o tym, iż w zakresie poz. nr 3 jest tylko jeden dostawca tego produktu. Zamawiający podkreślił, iż w poprzednio prowadzonym postępowaniu, postawił identyczny wymóg i zgłosiło się dwóch wykonawców spełniających wymagania Zamawiającego. Wskazał też, że brak jest firmy, która byłaby producentem wszystkich produktów wymienionych w pozycjach od 1 – 10, tak więc realizacja niniejszego zamówienia będzie wymagała współdziałania podmiotów funkcjonujących na rynku w formie konsorcjum albo podwykonawstwa.

Przystępujący Medtronic w swoim zgłoszeniu przystąpienia wniósł o oddalenie odwołania i podkreślił, że Odwołujący nie wskazywał na potwierdzenie pierwszego z podnoszonych zarzutów żadnych dowodów, ograniczając swoje zarzuty do ogólnikowych stwierdzeń i cytowania orzecznictwa. Podkreślił, że w tym zakresie pozostaje wrażenie, że Odwołujący nie dysponując wyrobami medycznymi o parametrach wskazanych w załączniku nr 2b do SIWZ usiłuje wpłynął na oczekiwania sformułowania w oparciu o uzasadnione potrzeby Zamawiającego poprzez taką zmianę tych parametrów, która ma służyć głównie Odwołującemu, a nie postulowanej przez niego zasadzie zapewniania konkurencji między wykonawcami. Co do drugiego zarzutu wskazał, że stół angiograficzny jest obiektywnie niezbędny Zamawiającemu w celu umożliwienia korzystania z oferowanych przez wykonawcę wyrobów medycznych. Według niego Odwołujący nie wykazał zbędności oczekiwań Zamawiającego w tym względzie, powołując się na argument, że nie wszyscy wykonawcy, którzy mogą zaoferować wyroby medyczne opisane w załączniku nr 2b do SIWZ są jednocześnie producentami lub dystrybutorami stołów angiograficznych, tym samym będą oni zmuszeni do nabycia takiego stołu w celu oddania go Zamawiającemu do używania. Według Przystępującego Medtronic nie przesądza to o zasadności zarzutu odwołania, gdyż Zamawiający nie wymaga, aby wykonawca był producentem czy dystrybutorem stołu. Jego zdaniem sytuacja, w której wykonawca nie dysponuje samodzielnie w ramach prowadzonej działalności towarami będącymi przedmiotem zamówienia, jednakże nabywa je od osób trzecich w związku z zawarciem umowy z zamawiającym nie jest wyjątkowa w sektorze zamówień publicznych. Podniósł też, że

zarzuty dotyczące sprzeczności między wymogiem uwzględnienia kosztów użyczenia i kosztów zużycia stołu w ocenie oferowanych wyrobów medycznych a przepisami Kodeksu cywilnego regulującymi umowę użyczenia oparte są na błędnym zrozumieniu oczekiwania Zamawiającego sformułowanego w pkt 3.5 SIWZ. W ocenie Przystępującego Medtronic Zamawiający oczekuje bowiem uwzględnienia obciążających wykonawcę kosztów zawiązanych z użyczeniem i zużyciem stołu angiograficznego w cenie oferowanych towarów.

Kwestia, które koszty powinny zostać uwzględnione przez wykonawcę, powinna zostać oceniona przede wszystkim w oparciu o postanowienia wzoru umowy użyczenia (załącznik nr 1b do SIWZ), które w jego ocenie wyczerpująco reguluje zasady ponoszenia kosztów. W jego ocenie oczywistym jest, że nie ma tam mowy o wynagrodzeniu za korzystanie ze stołu, w sytuacji w której Zamawiający zamierza zawrzeć z wykonawcą umowę użyczenia, stąd też zarzuty dotyczące stawki podatku VAT są bezpodstawne.

W toku rozprawy poparł Zamawiającego i podtrzymał swoje dotychczasowe stanowisko. Dodatkowo podkreślił, że co do produktu wymaganego w poz. 3 załącznika nie dysponuje tym produktem, stąd też nieprawdziwe są twierdzenia Odwołującego, że Zamawiający określił wymagania SIWZ pod ofertę handlową Przystępującego Medtronic. Przystępujący Medtronic wskazał, że co do tej pozycji, jak i poz. 6 i 7 oraz 9 i 10 załącznika wystąpił z zapytaniem do Zamawiającego o możliwość dopuszczenia produktu, który ma podobne parametry do oczekiwanych przez Zamawiającego. W jego ocenie przedłożone w toku rozprawy przez Odwołującego dowody mogą jedynie wskazywać, że Przystępujący Medtronic dysponuje produktami z poz. 1 i 2 załącznika. Odwołujący jednak nie udowodnił, że nie ma na rynku innego dostawcy tych produktów, nie udowodnił też jakoby istniała jakakolwiek zamknięta sieć dystrybucji tych produktów. W związku z powyższym wymagania Zamawiającego – jego zdaniem - nie naruszają konkurencji na rynku. Podkreślił też, że żaden z wykonawców na rynku nie dysponuje, jako własnymi produktami, które są opisane we wszystkich pozycjach (1 – 10 załącznika). Wykonawcy na równych zasadach będą więc musieli przygotować się do tego zamówienia pod kątem zawiązania ewentualnego konsorcjum, bądź też pozyskania określonego źródła dystrybucji tych produktów. Co do zarzutu dotyczącego stołu angiograficznego Przystępujący Medtronic wskazał, że żaden z wykonawców nie jest producentem tego urządzenia i każdy będzie musiał go nabyć i ocenić czy jest to opłacalne dla wykonawcy, a nie jest to standardowe zamówienie, tak dla Odwołującego, jak i Przystępującego Medtronic, ale z punktu widzenia potrzeb Zamawiającego uzasadnione. Wskazał też, że sinusoidalna budowa stentu daje efekt elastyczności tego produktu w związku z czym produkt jest korzystny i bezpieczny w stosowaniu dla pacjenta. Podkreślił, że podział zamówienia na pakiety to prawo Zamawiającego, a nie obowiązek, stąd też z powyższego nie można stawiać zarzutów

Zamawiającemu. Podniósł, że stół angiograficzny jest niezbędny do realizacji dostawy wyrobów medycznych w tym postępowaniu, a żądanie to wskazuje także na racjonalne gospodarowanie środkami finansowymi przez Zamawiającego. Podkreślił, że umowa użyczenia też jest związana z określonymi kosztami wyspecyfikowanymi przez Zamawiającego, a przez to nie traci jednak waloru bezpłatności. Wskazał, że ograniczenie przedmiotu zamówienia najprawdopodobniej w niniejszym postępowaniu nie będzie miało miejsca, a Odwołujący jako profesjonalista powinien to przewidywać.

Przystępujący ADO-MED w swoim zgłoszeniu przystąpienia wniósł o oddalenie odwołania. W wyznaczonym terminie rozprawy Przystępujący ADO-MED, prawidłowo zawiadomiony o terminie, nie stawił się przez Izbą.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym w szczególności dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również stanowiska stron i uczestników postępowania, zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy oraz dowody złożone przez Odwołującego w toku rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, a skutkujących odrzuceniem odwołania.

W drugiej kolejności Izba stwierdziła, że wymogi formalne związane ze skutecznym wniesieniem przystąpień do postępowania odwoławczego, wynikające z art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, zostały wypełnione co do obydwy przystąpień złożonych w postępowaniu po stronie Zamawiającego, a tym samym wykonawcy ci uzyskali status uczestników niniejszego postępowania odwoławczego.

Izba ustaliła również, że przesłanka materialnoprawna do wniesienia odwołania, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, została wypełniona. Odwołujący, stawiając zarzuty odnoszące się do postanowień SIWZ, które w jego ocenie wpływają na możliwość złożenia przez niego oferty w postępowaniu, wykazał, że ma interes w złożeniu odwołania. Odwołujący w wystarczający sposób wykazał się możliwością uzyskania niniejszego zamówienia publicznego w przypadku uwzględniania zarzutów odwołania i w konsekwencji

możliwością poniesienia przez niego szkody związanej z nie udzieleniem mu niniejszego zamówienia.

Izba, rozpoznając odwołanie w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu, uznała, że podlega ono uwzględnieniu z racji potwierdzenia się jednego z zarzutów.

Izba ustaliła co następuje.

Zamawiający wszczął niniejsze postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego poprzez opublikowanie w Dzienniku Urzędowym UE w dniu 28 marca 2015 r. treści ogłoszenia o przedmiotowym zamówieniu. Postępowanie dotyczy dostawy wyrobów medycznych, tj. stentów wieńcowych, stentów wieńcowych pokrywanych lekiem, implantów kardiochirurgicznych, wyrobów medycznych do inwazyjnych zabiegów kardiologicznych (pkt 3.1 SIWZ). W pkt 3.2. SIWZ wskazano właściwe dla przedmiotu zamówienia w niniejszym postępowaniu kody według Wspólnego Słownika Zamówień (CPV):

33.14.12.00-2 Cewniki

33.14.12.40-4 Akcesoria cewnikowe

33.12.30.00-8 Urządzenia do diagnostyki sercowo-naczyniowej

33.10.00.00-1 Urządzenia medyczne.

Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia Zamawiający zamieścił w Załączniku nr 2b, 4 i 5 do SIWZ. Zamawiający w załączniku nr 2b i 4 do SIWZ określił - w dziesięciu pozycjach - zestawienie wymaganych parametrów do wyrobów medycznych wchodzących w zakres przedmiotu zamówienia, tj.: stentów uwalniających lek antyproliferancyjny (poz. 1), stentów kobaltowo chromowych w technologii sinusoidalnej (poz. 2), cewników balonowych do PCI (poz. 3), cewników prowadzących (poz. 4), cewników do odsysania skrzeplin w tętnicach do zawałowych (poz. 5), inflatorów (poz. 6), cewników balonowych z powierzchnią pokrytą matrycą (poz. 7), zastawek przeznaczonych do implantacji (poz. 8), zestawów do tętnicy promieniowej (poz. 9) i balonów do kontra pulsacji (poz. 10). Jednocześnie Zamawiający w ramach niniejszego postępowania oczekuje udostępnienia mu w ramach umowy użyczenia fabrycznie nowego stołu angiograficznego, opisując w załączniku nr 5 do SIWZ parametry techniczne i funkcjonalne tego urządzenia. Zamawiający zastrzegł sobie w postępowaniu, w trakcie realizacji zamówienia – prawo do nie złożenia zamówienia w ilości przewidzianej w ofercie w przypadku zmiany zapotrzebowania (§ 8 ust. 3 załącznika nr 1 i nr 1a do SIWZ). W wyniku niniejszego

zamówienia zostanie zawarta umowa na dostawę określonych w SIWZ wyrobów medycznych – odrębna dla poz. 3-7, 9-10 (znacznik nr 1 do SIWZ) i odrębna dla poz. nr 1, 2 i 8 (załącznik nr 1a do SIWZ) oraz umowa użyczenia stołu angiograficznego umożliwiającego prawidłowe stosowanie wyrobów medycznych do inwazyjnych zabiegów kardiologicznych, których dostawa jest przedmiotem odrębnej umowy. Wskazana umowa użyczenia – zgodnie z jej postanowieniami – ma być zawarta na czas obowiązywania umowy na dostawy wyrobów medycznych (zgodnie z pkt 4 SIWZ – 36 miesięcy od dnia zawarcia umowy). Z tytułu realizacji umowy użyczenia wykonawca użyczający Zamawiającemu łóżko angiograficzne zobowiązany będzie dokonywać na własny koszt przeglądów kontrolnych i okresowych przedmiotu użyczenia oraz będzie ponosił koszty bieżącej konserwacji i napraw przedmiotu użyczenia, w tym usług serwisowych, gwarancyjnych i pogwarancyjnych w wyniku usterek powstałych bez winy Zamawiającego (§ 4 ust. 2 i 3 wzoru umowy użyczenia – załącznik nr 1b do SIWZ). Zgodnie z postanowieniami § 7 wzoru umowy użyczenia – załącznik nr 1b do SIWZ, użyczający ponosi także wszelkie koszty ubezpieczenia przedmiotu użyczenia. Wedle postanowień pkt 3.5 SIWZ Zamawiający

wskazał, że w ramach wykonywania przedmiotu zamówienia wykonawca jest zobowiązany użyczyć Zamawiającemu stół angiograficzny, zaś koszty tego użyczenia i zużycia stołu należy uwzględnić w cenie stentów, implantów kardiochirurgicznych, wyrobów medycznych do inwazyjnych zabiegów kardiologicznych.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba zważyła, co następuje.

Odnosząc się do zarzutu opisania przez Zamawiającego przedmiotu zamówienia w poz. 1, 2, 3, 4, 6, 7 i 9 załącznika nr 2b do SIWZ w sposób niejednoznaczny, naruszający uczciwą konkurencję i bez możliwości dopuszczenia produktów równoważnych, Izba uznała, że zarzut nie potwierdził się.

Izba stwierdziła, że Odwołujący nie wykazał niejednoznaczności w opisie zamówienia we wskazanym zakresie (co do opisu poz. 1, 2, 3, 4, 6, 7 i 9 załącznika nr 2b do SIWZ), wskazując tylko w odwołaniu, że przedmiot zamówienia został opisany nader szczegółowo. Biorąc pod uwagę powyższe nie ma w tym przypadku wątpliwości, jaki jest zakres przedmiotu zamówienia i jakie są wymagane szczegółowe i parametry żądanych przez Zamawiającego wyrobów medycznych. Co do kwestii utrudniania uczciwej konkurencji i braku dopuszczenia przez Zamawiającego parametrów równoważnych w zakresie żądanych wyrobów medycznych, Izba uznała, że powyższe nie zostało wykazane przez Odwołującego, a to na nim zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp spoczywa ciężar wykazania określonych faktów, z których wywodzi on konkretne skutki prawne. Odwołujący, formułując

przywołany zarzut odwołania wskazywał jedynie w oparciu o własne twierdzenia, że wyroby zamawiane przez Zamawiającego w poz. 1, 2, 3, 4, 6, 7 i 9 załącznika nr 2b do SIWZ są przez Zamawiającego szczegółowo opisane bez uzasadnienia potrzebami Zamawiającego w taki sposób iż „(…) *Odwołujący przypuszcza (…), iż opis przedmiotu zamówienia został przygotowany w oparciu o parametry wyrobów produkowanych przez jednego konkretnego wykonawcę".* Odwołujący w treści odwołania nie wskazał nawet o jakiego wykonawcę chodzi. W toku rozprawy Odwołujący przedstawił ofertę handlową Przystępującego Medtronic wraz z kartami katalogowymi poszczególnych produktów, celem wykazania, że produkty opisane w poz. 1, 2 i 3 załącznika nr 2b do SIWZ stanowią produkty oferowane przez firmę Medtronic Poland Sp. z o.o. Okoliczności, iż tak faktycznie jest w odniesieniu do produktów opisanych w poz. 1 i 2 załącznika, Przystępujący Medtronic nie zaprzeczył. Tym samym zatem w tym zakresie można przyjąć, że Odwołujący w toku postępowania odwoławczego wykazał, że produktom zamawianym przez Zamawiającego we wskazanych pozycjach zestawienia (poz. 1 i 2) z pewnością odpowiada oferta handlowa Przystępującego Medtronic. Powyższe samo w sobie nie może jeszcze świadczyć o naruszeniu, czy choćby utrudnieniu uczciwej konkurencji. Odwołujący w tym zakresie nie wykazał przed Izbą, czy opis przedmiotu zamówienia w tym zakresie wskazuje faktycznie na jednego dostawcę czy producenta zamawianych wyrobów funkcjonującego na rynku, w sytuacji gdy istnieje konkurencja na tymże rynku. Odwołujący nawet nie wykazał, że jego oferta handlowa nie spełnia wymogów Zamawiającego opisanych we wskazanym zakresie. Co do poz. 3 wykazu zamawianych produktów Odwołujący wywodził - w oparciu o wskazany powyżej dowód, że parametry opisane przez Zamawiającego wskazują na produkt Przystępującego Medtronic, ale powyższemu zaprzeczył sam Przystępujący Metronic, wskazując, że w tej sprawie (poz. 3), jak i co do innych kwestionowanych pozycji zestawienia (poz. 6, 7 i 9) wystąpił do Zamawiającego z wnioskiem o możliwość zmiany opisu przedmiotu zamówienia i dopuszczenia także produktu oferowanego przez Przystępującego Medtronic. Odwołujący nie zanegował tego twierdzenia Przystępującego Medtronic, z czego Izba wywodzi, że co do poz. 3 przedłożony przez Odwołującego dowód staje się niewiarygodny. Nawet jednak, gdyby uznać, że potwierdza on twierdzenia Odwołującego, to tak jak w przypadku poz. 1 i 2 zestawienia potwierdza on jedynie możliwości handlowe Przystępującego Medtronic, a nie utrudnienie uczciwej konkurencji. Podkreślić jednocześnie należy, że przedstawiony przez Odwołującego dowód wskazuje też, że nie wszystkie parametry z oferty handlowej Przystępującego Medtronic zostały przepisane do opisu przedmiotu zamówienia przez Zamawiającego; Odwołujący wytłuścił w tekście jego zdaniem powielone parametry – co także nie może wskazywać na utrudnienie uczciwej konkurencji w postępowaniu. Odwołujący nie wykazał, że kilka wytłuszczonych w ofertach handlowych Przystępującego

Medtronic parametrów wprost wskazuje wyłącznie na produkt Medtronic. Nie wykazał też, że w tym zakresie istnieje jakaś zamknięta sieć dystrybucji wskazanych produktów. Co do pozostałych, kwestionowanych przez siebie pozycji z zestawienia zamawianych wyrobów (4, 6, 7 i 9 załącznika nr 2b do SIWZ) Odwołujący nie przedstawił w postępowaniu żadnych dowodów, opierając się jedynie na swoich twierdzeniach i przypuszczeniach. Z tego stanowiska Odwołującego Izba może wyłącznie wywodzić, że Odwołujący oczekuje dopuszczenia do zamówienia określonych, będących w dyspozycji Odwołującego, produktów, nie wykazując, że produkty opisane przez Zamawiającego utrudniają uczciwą konkurencję, czy wskazują wprost na jednego dostawcę czy wykonawcę zamówienia.

Odwołujący swoje twierdzenia opiera także na podważaniu potrzeb Zamawiającego, wskazując, że ich Zamawiający nie wykazał oraz, iż w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego takich szczegółowych wymogów wobec zamawianych wyrobów medycznych nie stawiał. Izba nie może zgodzić się z takim stanowiskiem Odwołującego. Zamawiający w postanowieniach SIWZ nie musi wykazywać w żadnej mierze swoich potrzeb związanych z konkretnymi zakupami. Izba w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie jest uprawniona do badania celowości określonych zakupów podmiotów zamawiających. Uzasadnione potrzeby Zamawiającego są istotne do wykazania w przypadku zarzutów do opisu przedmiotu zamówienia stawianych przez wykonawców jedynie w sytuacji, gdy Zamawiający dokonywałby takiego opisu przedmiotu zamówienia, który prowadziłby w pewnym zakresie do ograniczenia z rynku danego zakresu zamówień określonych wykonawców poprzez konkretny opis przedmiotu zamówienia. Takiego faktu Izba jednak w niniejszym postępowaniu nie stwierdziła. Szczegółowe parametry są zamawianych urządzeń uzasadnione określonymi, wskazaniami medycznymi Zamawiającego, który jako podmiot odpowiedzialny za spełnianie określonych świadczeń medycznych ponosi także odpowiedzialność za zakup odpowiednich do konkretnych pacjentów wyrobów medycznych, pod warunkiem oczywiście zachowa uczciwą konkurencję na rynku, czego – jak wskazano - Odwołujący nie wykazał, czy nawet nie uprawdopodobnił. Wskazania Europejskiego Towarzystwa Kardiologicznego z 2014 r. przywoływane przez Odwołującego jako dokument o charakterze ogólnym nie mogą w żadnej mierze podważać opisu przedmiotu zamówienia dokonanego przez Zamawiającego. Także – jak wskazano - przywołane wcześniejsze zakupy Zamawiającego nie mogą stanowić uzasadnienia dla naruszenia uczciwej konkurencji w postępowaniu. Wcześniejsze zamówienia mogły być bowiem dokonywane w innych warunkach, na innych zasadach, do innego zakresu pacjentów, w oparciu o inną sytuację faktyczną Zamawiającego, czy też jego wiedzę czy rozeznanie na rynku produktów. Nie mogą jednak być podstawa do uznania, że aktualnie

Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia dopuścił się wskazanych przez Odwołującego naruszeń.

Odnosząc się do drugiego zarzutu, związanego z opisem przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i ograniczający konkurencję i w tym zakresie nieprawidłowe opisanie sposobu obliczenia ceny, Izba uznała, że zarzut ten w części się potwierdził.

Izba stwierdziła, że Zamawiający, żądając w ramach niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w formie użyczenia stołu angiograficznego opisał te wymagania w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, tworząc regulacje, które mogą wprowadzać wykonawców w błąd co do zakresu zamówienia publicznego i jego charakteru, a przede wszystkim co do sposobu wyceny przedmiotu zamówienia. Stworzony przez Zamawiającego w tym zakresie opis przedmiotu zamówienia może wpływać na nieporównywalność ofert złożonych w postępowaniu i brak możliwości wyceny przedmiotu przez według jednakowych dla wszystkich zamówienia wykonawców wykonawców i konkretnych reguł.

W ramach niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający obok tradycyjnej dostawy wyrobów medycznych (stentów wieńcowych, stentów wieńcowych pokrywanych lekiem, implantów kardiochirurgicznych, wyrobów medycznych

do inwazyjnych zabiegów kardiologicznych) oczekuje od wykonawców dostarczenia mu w sposób nieodpłatny zupełnie innego charakteru przedmiotu, tj. łóżka angiograficznego. W tym zakresie Zamawiający przewiduje zawarcie odrębnej, nieodpłatnej umowy. Dokonując analizy postanowień SIWZ trudno powiedzieć, czy dostarczenie łóżka angiograficznego wchodzi w zakres przedmiotu zamówienia publicznego, które ze swej natury charakteryzuje się odpłatnością. Zgodnie bowiem z art. 2 pkt 13 ustawy Pzp zamówieniem publicznym jest umowa odpłatna zawierana między zamawiającym, a wykonawcą, której przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane. Z całą pewnością wprost żądanie Zamawiającego dostarczenia mu w ramach niniejszego zamówienia, w trybie odrębnej umowy użyczenia, łóżka angiograficznego, nie mieści się w przywołanej definicji zamówienia publicznego. Umowa użyczenia w świetle art. 710 KC jest umową, w ramach której użyczający zobowiązuje się zezwolić biorącemu - przez czas oznaczony lub nieoznaczony - na bezpłatne używanie oddanej mu w tym celu rzeczy. Zgodnie z przepisami Kodeksu cywilnego istotą umowy użyczenia jest oddanie określonej rzeczy do nieodpłatnego używania. Jak potwierdził w toku rozprawy przed Izbą Zamawiający, w także co do umowy użyczenia Zamawiającemu łóżka angiograficznego taki był cel Zamawiającego, aby wykonawca oddał mu do bezpłatnego używania wskazany przedmiot na okres trwania umowy dostawy wyrobów medycznych. W świetle obowiązujących przepisów prawa trudno

Zamawiającemu zabronić takiego sposobu działania i jego oczekiwań co do oddania mu w formie umowy użyczenia łóżka angiograficznego. Niemniej jednak w takiej sytuacji, gdy określony przedmiot jest przekazywany Zamawiającemu w drodze nieodpłatnej umowy, nie mamy do czynienia z zamówieniem publicznym.

Zamawiający w niniejszym postępowaniu - jak Izba wskazała - oczekuje od wykonawców niniejszego zamówienia publicznego dostarczenia mu łóżka angiograficznego w sposób nieodpłatny z uwagi na to, że nie dysponuje środkami finansowymi na ten przedmiot zamówienia, a przedmiot ten (łóżko angiograficzne) jest mu niezbędne do świadczenia usług medycznych. Izba, wykazując pełne zrozumienie dla potrzeb medycznych i trudności w finansowaniu sprzętu medycznego przez Zamawiającego i mając na względzie legalną - w świetle przepisów Kodeku cywilnego – umowę użyczenia, nie może zabronić Zamawiającemu takiego sposobu pozyskania określonego sprzętu medycznego. Izba zresztą nie jest uprawniona w świetle obowiązujących przepisów ustawy Pzp do oceny celowości takiego sposobu funkcjonowania Zamawiającego i pozyskiwania przez niego określonego sprzętu medycznego. Izba jest uprawniona do oceny czynności i zaniechań Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Z tych też względów Izba nie nakazywała Zamawiającemu wykreślenia z postanowień SIWZ zapisów dotyczących w ogóle możliwości zawarcia przez Zamawiającego umowy użyczenia na oddanie mu przez wykonawcę do bezpłatnego używania łóżka angiograficznego. W tym kontekście natomiast - jeśli umowa użyczenia na oddanie Zamawiającemu przez wykonawcę w sposób bezpłatny łóżka angiograficznego jest ściśle powiązania z postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego, w ramach którego nastąpi odpłatna dostawa określonych wyrobów medycznych stanowiąca właściwe zamówienie publiczne w rozumieniu art. 2 pkt 13 ustawy Pzp – Izba zobowiązana jest do oceny tego czy postanowienia SIWZ dotyczące przedmiotu zamówienia są jednoznaczne wyczerpujące i czy nie utrudniają uczciwej konkurencji. Analiza tych postanowień doprowadziła Izbę do wniosku, że dokonany przez Zamawiającego opis przedmiotu zamówienia, w ocenianym kształcie, poprzez powiązania właściwego przedmiotu zamówienia publicznego z przedmiotem, który zamówienia publicznego nie stanowi, w szczególności w kontekście sposobu obliczenia ceny ofertowej, budzi poważne wątpliwości.

Z jednej bowiem strony Zamawiający – jak wskazano – oczekuje dostarczenia mu do bezpłatnego używania łóżka angiograficznego, określając, że w tym zakresie zostanie zawarta odrębna od umowy w sprawie zamówienia publicznego umowa użyczenia. Ponadto przedmiot umowy użyczenia nie został wyceniony w ramach szacowania wartości przedmiotu zamówienia. Powyższe wskazywałoby na to, że w tym przypadku nie mamy do czynienia z zamówieniem publicznym. Z drugiej zaś strony Zamawiający oczekuje

od wykonawców właściwego zamówienia publicznego, iż w jego cenie wykonawcy ci zobowiązani są użyczyć Zamawiającemu stół angiograficzny i koszty tego użyczenia oraz zużycia stołu mają oni uwzględnić w cenie stentów, implantów kardiochirurgicznych, wyrobów medycznych do inwazyjnych zabiegów kardiologicznych.

Choć w treści umowy użyczenia Zamawiający wyspecyfikował konkretne koszty, które wykonawca ma uwzględnić za użyczenie łóżka angiograficznego i które to koszty ma też ująć w ramach wyceny właściwego przedmiotu zamówienia (tj. koszt przeglądów kontrolnych i okresowych przedmiotu użyczenia, koszty bieżącej konserwacji i napraw przedmiotu użyczenia, w tym usług serwisowych, gwarancyjnych i pogwarancyjnych w wyniku usterek powstałych bez winy Zamawiającego oraz wszelkie koszty ubezpieczenia przedmiotu użyczenia), to w świetle postanowień pkt 3.5 powstają także wątpliwości, czy w ramach przedmiotu użyczenia wykonawca nie jest zobowiązany dokonać wyceny kosztów związanych z zakupem przez wykonawcę stołu angiograficznego i przekazaniem go na okres 3 lata Zamawiającemu, tj. koszty amortyzacji i zużycia stołu. Zamawiający nakazał bowiem wykonawcom w pkt 3.5 SIWZ uwzględnienia w cenie przedmiotu dostawy (wyrobów medycznych) „kosztów *użyczenia i zużycia stołu".* Powyższe postanowienia wskazywałyby na to, że umowa użyczenia stołu angiograficznego - z natury tego stosunku zobowiązaniowego nieodpłatna - może być tylko czynnością pozorną. Wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, mając na względzie przywołane postanowienie SIWZ, mogą także w cenie wyrobów medycznych stanowiących przedmiot właściwego zamówienia publicznego próbować wliczać wskazane koszty związane z użytkowaniem określonej rzeczy przez określony czas (koszty amortyzacji, zużycia, utracone korzyści związane z brakiem wykorzystania przedmiotu umowy przez wykonawcę przez określony czas, czy nawet koszt zakupu samego łóżka ustalony stosunkowo do okresu korzystania przez niego przez Zamawiającego).

Ponadto należy zwrócić uwagę na same koszty wyspecyfikowane w treści umowy użyczenia, które wykonawcy powinni uwzględnić w wartości dostaw wyrobów medycznych, tj. koszty przeglądów kontrolnych i okresowych przedmiotu użyczenia, koszty bieżącej konserwacji i napraw przedmiotu użyczenia, w tym usług serwisowych, gwarancyjnych i pogwarancyjnych w wyniku usterek powstałych bez winy Zamawiającego oraz wszelkie koszty ubezpieczenia przedmiotu użyczenia, czy też ewentualne koszty szkoleń pracowników Zamawiającego, na które wskazuje się w treści samej umowy (choć w tym akurat przypadku Zamawiający wprost nie mówi o jakichkolwiek kosztach związanych ze szkoleniami). Koszty te mogą podważać nieodpłatny charakter umowy użyczenia, a powiązanie ich z wyceną właściwego przedmiotu zamówienia, wprost na to wskazuje. Przepisy Kodeksu cywilnego regulujące kompleksowo umowę użyczenia w art. 713 wskazują

na sposób rozliczenia konkretnych kosztów związanych z bezpłatnym używaniem rzeczy. Zgodnie z dyspozycją tego przepisu, koszty, które mogą pojawić się w związku z bezpłatnym używaniem rzeczy oddanej w ramach umowy użyczenia, to zwykłe koszty utrzymania rzeczy użyczonej, które ponosi biorący do używania (Zamawiający). W tym zakresie, jeżeli biorący do używania poczynił inne wydatki czy nakłady na rzecz, stosuje się odpowiednio przepisy o prowadzeniu cudzych spraw bez zlecenia, tj. biorący do używania może dochodzić m.in. określonych uzasadnionych wydatków i nakładów na rzecz, które poczynił wraz z ustawowymi odsetkami (art. 753 § 2 KC). Zamawiający zaś w niniejszym postępowaniu z góry czyni założenie, że innego rodzaju koszty związane z użytkowaniem stołu angiograficznego - koszty napraw i serwisu oraz koszty ubezpieczenia - będzie ponosił wykonawca i to w ramach wyceny innego przedmiotu zamówienia. Powyższe czyni przewidywaną przez Zamawiającego umowę użyczenia odpłatną w zakresie kosztów związanych z serwisowaniem, naprawą i ubezpieczeniem sprzętu medycznego, których to kosztów Zamawiający nie uwzględnił w wycenie przedmiotu zamówienia.

W ocenie Izby Zamawiający powinien tak przeformułować opis przedmiotu zamówienia, aby jednoznacznie określić, czy mamy do czynienia z nieodpłatną (faktycznie) umową użyczenia stołu angiograficznego, która leży poza sferą zamówień publicznych, czy też mamy w tym przypadku do czynienia z określoną odpłatnością, a wówczas należałoby wskazać konkretny zakres tej odpłatności (za co wykonawca ma płacić), która nie powinna być powiązania z odpłatnością za zupełnie odrębny przedmiot zamówienia.

Zaproponowany aktualnie w SIWZ przez Zamawiającego sposób obliczenia ceny,

w którym Zamawiający oczekuje wliczenia - w ramach przedmiotu dostawy wyrobów medycznych - kosztów związanych z używaniem stołu angiograficznego, dodatkowo jest niejednoznaczny i może powodować określone trudności po stronie wykonawców z wyceną przedmiotu zamówienia, a w efekcie powodować nieporównywalność ofert złożonych w postępowaniu, w związku z postanowieniami umów, które zostaną zawarte na dostawę wyrobów medycznych. W umowach tych bowiem Zamawiający zastrzegł, że może ograniczyć zakres swoich zakupów wyrobów medycznych, nie określając nawet minimalnego poziomu obligatoryjnych zakupów.

Niezależnie od negatywnej oceny Izby uwzględnienia w ramach kosztów dostawy wyrobów medycznych kosztów związanych z rzekomo bezpłatnym użyczeniem stołu angiograficznego, którą Izba przedstawia powyżej, w tym przypadku wykonawca, formułując cenę ofertową za dostawę wyrobów medycznych -przy obowiązku jednoczesnego ujęcia w tej cenie kosztów związanych z używaniem stołu angiograficznego - nie ma pewności, czy wskazane koszty zwrócą się wykonawcy, ponieważ nie ma pewności, czy Zamawiający dokona zakupu całego zakresu przedmiotu zamówienia. Obietnice i zapewnienia składne

w tym względzie w toku rozprawy przez Zamawiającego, iż będzie on dokonywał zakupów całego zakresu przedmiotu zamówienia biorąc pod uwagę jego potrzeby, przy określonym brzmieniu postanowień umownych (§ 8 ust. 3 załączników nr 1 i nr 1a do SIWZ), z pewnością nie mogą konwalidować zapisów SIWZ. W tym zakresie zatem Zamawiający także powinien dokonać stosownych, nakazanych w sentencji orzeczenia zmian postanowień SIWZ.

Na niejasności w ocenie charakteru opisu przedmiotu zamówienia w niniejszym postępowaniu wskazują też postanowienia SIWZ, w świetle których Zamawiający określa szereg wymogów technicznych i funkcjonalnych odnoszących się do łóżka angiograficznego. Wymogi te zostały przez Zamawiającego określone w załączniku nr 5 do SIWZ. Przyjmując, że użyczenie łóżka angiograficznego w formie nieodpłatnej umowy, która nie jest dostawą tego sprzętu medycznego do Zamawiającego, nie stanowi zamówienia publicznego, ewentualne niezgodności w parametrach czy funkcjonalnościach oczekiwanych od łóżka, nie powinny także mieć znaczenia dla oceny oferty w postępowaniu na dostawę wyrobów medycznych i np. jej odrzucenia z powodu niegodności z wymogami Zamawiającego odnoszącymi się do łóżka. Nie wiadomo też, czy te wymagania funkcjonalne i techniczne same w sobie powinny podlegać ocenie z punktu widzenia opisu przedmiotu zamówienia w trybie dyspozycji art. 29 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp (czy nie wskazują na konkretnego producenta łóżek i tym samym nie nie utrudniają uczciwej konkurencji itp.), bowiem nie wiadomo, czy wskazany przedmiot wchodzi w zakres właściwego zamówienia publicznego. Jednakże z uwagi na powiązania, które Zamawiający stworzył w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, tj. powiązania dostawy wyrobów medycznych z nieodpłatnym użyczeniem łóżka angiograficznego, przede wszystkim co do sposobu obliczenia ceny, a także w zakresie postanowień SIWZ, w których Zamawiający, opisując przedmiot zamówienia publicznego przywołuje określone kody ze Wspólnego Słownika Zamówień, w tym kody dotyczące urządzeń medycznych (33.10.00.00-1) – powstaje w tym przypadku uzasadniona wątpliwość, jaki charakter w niniejszym postępowaniu ma dostarczenie Zamawiającemu łóżka angiograficznego. Wątpliwości te są natury podstawowej - mianowicie, czy użyczenie łóżka angiograficznego Zamawiającemu jest faktycznie bezpłatne i czy stanowi przedmiot zamówienia publicznego, czy też w zakres zamówienia publicznego nie wchodzi.

Przedmiot zamówienia zatem został przez Zamawiającego opisany w sposób niejednoznaczny i niewystarczający do złożenia prawidłowych ofert w postępowaniu. Powyższe może także - na etapie porównania ofert złożonych w postępowaniu - pośrednio zakłócać konkurencję. Zgodzić należy się z Zamawiającym i Przystępującym Medtronic, że samo w sobie żądanie dostarczenia łóżka angiograficznego nie narusza konkurencji z racji

tego, że Zamawiający nie wymagał, aby dostawca wyrobów medycznych był jednocześnie producentem tego łóżka. Rynek dostawców wyrobów medycznych żądanych w niniejszym

postępowaniu jest tak ukształtowany, że żaden z wykonawców zainteresowanych dostawą wyrobów medycznych nie jest równocześnie producentem łóżek angiograficznych, a przynajmniej ta okoliczność nie była wykazywana przez żadną ze stron w postępowaniu odwoławczym. W tym zakresie zatem każdy z wykonawców ubiegających się o właściwe zamówienie publiczne (dostawę wyrobów medycznych) zmuszony jest do zakupu łóżka angiograficznego od dowolnego producenta Niemniej jednak przywołane powyżej w opisie przedmiotu mogą wpływać niejednoznaczności zamówienia także na konkurencyjność w postępowaniu i brak porównywalności ofert.

Mając powyższe na uwadze i działając na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze oraz ust. 2 ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania Izba oparła się na art. 192 ust. 9 oraz 10 ustawy Pzp. W oparciu o wskazane przepisy obciążyła nimi Zamawiającego, stosownie do wyniku postępowania.

Wśród kosztów postępowania odwoławczego Izba uwzględniła:

- stosownie do regulacji zawartej w § 3 pkt 1) 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 w sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) – koszty wpisu uiszczonego przez Odwołującego w kwocie 15 000,00 zł oraz
  stosownie do § 3 pkt 2) lit. b) wskazanego rozporządzenia – koszty wynagrodzenia - pełnomocnika Odwołującego w kwocie 3 600 zł na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy przed zamknięciem rozprawy.

Przewodniczący: ……