Sygn. akt KIO 1168/15

WYROK
z dnia 12 czerwca 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk

Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 czerwca 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 czerwca 2015 r. przez Abbot Laboratories Poland Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – Samodzielny Publiczny Szpital Nr 7 Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach Górnośląskie Centrum Medyczne im. prof. Leszka Gieca w Katowicach

przy udziale Medtronic Poland Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie w Warszawie zgłaszającej swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Skarbowi Państwa – Samodzielnemu Publicznemu Szpitalowi Klinicznemu nr 7 Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach Górnośląskie Centrum Medyczne im. prof. Leszka Gieca w Katowicach zmianę postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia przez skreślenie pkt 3.6., pkt 5 Załącznika Nr 2a oraz tiret trzeciego i czwartego w § 8 ust. 1 Załączników Nr 1 i 1a, w pozostałym zakresie uznaje zarzuty i żądania odwołania za nieuzasadnione;
2. kosztami postępowania obciąża Skarb Państwa – Samodzielny Publiczny Szpital Nr 7 Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach Górnośląskie Centrum Medyczne im. prof. Leszka Gieca w Katowicach i:
2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Abbot Laboratories Poland Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od Skarbu Państwa – Samodzielnego Publicznego Szpitala Nr 7 Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach Górnośląskie Centrum Medyczne im. prof. Leszka Gieca w Katowicach na rzecz Abbot Laboratories Poland Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie 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.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., 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 1168/15

Uzasadnienie

Zamawiający - Samodzielny Publiczny Szpital Nr 7 Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach Górnośląskie Centrum Medyczne im. prof. Leszka Gieca w Katowicach - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest dostawa stentów wieńcowych, stentów wieńcowych pokrywanych lekiem, implantów kardiochirurgicznych, wyrobów medycznych do inwazyjnych zabiegów kardiologicznych. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym UE z dnia 28 marca

2015 r. pod nr 2015/S 062-108057. Wartość zamówienia jest większa niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W związku ze zmianą postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej również jako: „SIWZ"), której zamawiający dokonał 21 maja 2015 r., Abbot Laboratories Poland Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie wniósł odwołanie 1 czerwca 2015 r. Zachowany został obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:
1) art. 192 ust 2 i 3 pkt 1 ustawy - przez zaniechanie wykonania czynności w postępowaniu zgodnie z żądaniami odwołania wniesionego przez odwołującego w dniu 9 kwietnia 2015 r. oraz zgodnie z wyrokiem KIO 719/15 tj. zaniechania dokonania zmiany postanowień SIWZ zgodnie z żądaniem sformułowanym w pierwszym odwołaniu oraz zgodnie z wyrokiem KIO 719/15, mimo iż taki obowiązek ciążył na zamawiającym;
2) art. 2 pkt 13 Pzp w zw. z art. 710 kodeksu cywilnego (dalej jako: „k.c.") i art. 487 § 2 k.c. oraz art. 58 § 1 i 2 k.c. w związku z art. 14 Pzp oraz art. 29 ust. 1 i 2 Pzp w związku z art. 7 ust. 1 Pzp, art. 36 ust. 1 pkt 12 Pzp oraz art. 713 k.c. w związku z art. 14 Pzp przez opisanie przedmiotu zamówienia udzielanego w postępowaniu określonego w pkt. 3.6 SIWZ, Załączniku nr 1b do SIWZ (Umowa użyczenia), Załączniku nr 2 - Formularz oferty pkt. 5; Załączniku nr 1 do SIWZ - umowa DZ/3323/12/15 §8 ust. 1, Załączniku nr 1 a do SIWZ - umowa DZ/3323/12/15 §8 ust. 1 tj, polegające na żądaniu nieodpłatnego użyczenia zamawiającemu stołu angiograficznego, co stoi w sprzeczności z odpłatnym charakterem umowy o zamówienie publiczne (art. 2 pkt. 13 Pzp) oraz zasadą ekwiwalentności świadczeń (art. 487 § 2 KC) oraz co może utrudniać uczciwą konkurencję, oraz uniemożliwia

---

wykonawcom prawidłowe skalkulowanie oferty, w sposób gwarantujący porównywalność ofert.

Odwołujący wniósł o merytoryczne rozpatrzenie oraz uwzględnienie niniejszego odwołania, dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentacji postępowania na okoliczności wskazane niniejszym odwołaniem oraz o:
- nakazanie zamawiającemu dokonania zmiany treści SIWZ zgodnie z wyrokiem KIO 719/15 przez usunięcie z opisu przedmiotu zamówienia zawartego w SIWZ i odpowiednich załącznikach do SIWZ żądania nieodpłatnego użyczenia zamawiającemu stołu angiograficznego;
- alternatywnie wniósł o nakazanie zamawiającemu dokonania zmiany treści SIWZ przez usunięcie z opisu przedmiotu zamówienia zawartego w SIWZ i odpowiednich załącznikach do SIWZ żądania nieodpłatnego użyczenia zamawiającemu stołu angiograficznego (m.in. przez odpowiednio zmianę i wykreślenie pkt, 3.5 i 3.6 SIWZ oraz odpowiednich załączników do SIWZ w tym m.in. usunięcie załącznika nr 1b - umowa użyczenia, wykreślenie pkt. 5 Załącznika nr 2b - formularz oferty oraz wykreślenie odniesień do obowiązku użyczenia stołu angiograficznego i związanych z tym obowiązków wykonawcy w pozostałych załącznikach do SIWZ), jako niezgodne z art. 2 pkt. 13 Pzp w zw. z art. 710 k.c. oraz art. 487 § 2 k.c. i art. 58 § 1 i 2 k.c., art. 29 ust. 1 i 2 w związku z art. 7 ust. 1 Pzp, art. 36 ust. 1 pkt. 12 Pzp oraz art. 713 k.c..
Odwołujący wniósł również o zasądzenie od zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego, w tym wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego, według norm przypisanych oraz na podstawie przedłożonej faktury VAT.

W uzasadnieniu odwołujący podniósł, że zamawiający jedynie pozornie wykonał wyrok KIO 719/15 z 23 kwietnia 2015 r., gdyż w dalszym ciągu wymaga zawarcia nieodpłatnej umowy użyczenia stołu angiograficznego w sytuacji, gdy Izba stwierdziła, że nie mieści się to w definicji zamówienia publicznego wskazanej w art. 2 pkt 13 Pzp. Zarzucił, że nie została usunięta wątpliwość, czy stół angiograficzny wchodzi w zakres właściwego zamówienia publicznego.

Medtronic Poland Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie przystąpiła do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu i przeprowadziła rozprawę, podczas

której odwołujący i przystępujący podtrzymali dotychczasowe stanowiska, a zamawiający wnosił o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, co następuje:

Na podstawie dokumentacji postępowania przekazanej przez zamawiającego Izba ustaliła, że w SIWZ w brzmieniu, którego dotyczył wyrok KIO z 23 kwietnia 2015 r., KIO 719/15 zamawiający zapisał, że przedmiotem postępowania jest dostawa 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 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;.

W 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.

Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia Zamawiający zamieścił w Załączniku nr 2b, 4 i 5 do SIWZ. W załączniku nr 2b i 4 do SIWZ zamawiający określił - w dziesięciu pozycjach - wymagane parametry wyrobów medycznych wchodzących w zakres przedmiotu zamówienia. Parametry techniczne i funkcjonalne fabrycznie nowego stołu angiograficznego, którego udostępnienia zamawiający wymagał w ramach umowy użyczenia, zostały opisane w załączniku nr 5 do SIWZ.

Zgodnie z postanowieniami SIWZ zamawiający zamierzał zawrzeć umowy na dostawę określonych w SIWZ wyrobów medycznych, odrębnie dla poz. 3-7, 9-10 (załącznik nr 1 do SIWZ) i odrębnie dla poz. nr 1, 2 i 8 (załącznik nr 1a do SIWZ) oraz umowę użyczenia stołu angiograficznego umożliwiającego prawidłowe stosowanie wyrobów medycznych (załącznik nr 1b do SIWZ).

Umowa użyczenia miała być zawarta na czas obowiązywania umowy na dostawy wyrobów medycznych (zgodnie z pkt 4 SIWZ – 36 miesięcy od dnia zawarcia umowy). Zamawiający wymagał, żeby wykonawca (użyczający stół angiograficzny) dokonywał na własny koszt przeglądów kontrolnych i okresowych przedmiotu użyczenia oraz ponosił koszty bieżącej konserwacji i napraw, w tym usług serwisowych, gwarancyjnych i pogwarancyjnych usterek powstałych bez winy zamawiającego (§ 4 ust. 2 i 3 wzoru umowy użyczenia – załącznik nr 1b do SIWZ) oraz wszelkie koszty ubezpieczenia przedmiotu użyczenia (§ 7 wzoru umowy użyczenia – załącznik nr 1b do SIWZ).

Wyrokiem z 23 kwietnia 2015 r. Krajowa Izba Odwoławcza (sygn. akt KIO 719/15) uwzględniła odwołanie Abbot Laboratories Poland Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie wniesione wobec przywołanych treści SIWZ i nakazała zamawiającemu wprowadzenie zmian 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.

Nie została wniesiona skarga do Sądu Okręgowego.

Zamawiający wykonał wyrok, 21 maja 2015 r. zmienił SIWZ, w ten sposób, że m.in:
1. w pkt. 3.2 SIWZ wykreślił kody CPV: 33.12.30.00 - 8 Urządzenia do diagnostyki sercowo-naczyniowej oraz 33.10.00.00 -1 Urządzenia medyczne;
2. zmienił pkt 3.5 SIWZ nadając mu brzmienie: „„Zamawiający wymaga realizacji przedmiotu zamówienia na warunkach określonych w umowie, której wzór stanowi załącznik nr 1 i 1a do SIWZ;
3. dodał pkt 3.6 SIWZ w brzmieniu: „Wykonawca składając ofertę w niniejszym postępowaniu zobowiązuje się do zawarcia z Zamawiającym umowy użyczenia stołu angiograficznego na warunkach określonych w załączniku nr 1b do SIWZ;
4. przeniósł parametry techniczne i funkcjonalne stołu angiograficznego z załącznika nr 5 do SIWZ do załącznika nr 2 do umowy użyczenia (załącznika nr 1b do SIWZ);

5. w pkt 5 załącznika nr 2a do SIWZ- Formularz oferty wymagał oświadczenia wykonawcy: „zobowiązuję się zawrzeć umowę użyczenia na warunkach określonych w załączniku 1b do SIWZ";
6. § 8 ust. 1 umów dotyczących dostawy wyrobów medycznych DZ/3323/12/15 oraz Z/3323/12/15 (Załącznik 1 i 1a do SIWZ) otrzymał brzmienie (tiret trzecie i czwarte): „Zamawiający ma prawo do odstąpienia od umowy, a w razie gdy umowa została już w części prawidłowo wykonana, od pozostałej do wykonania części umowy, w przypadkach gdy:

- nie zawarcia przez Wykonawcę w terminie do 5 dni od dnia zawarcia niniejszej Umowy umowy użyczenia na warunkach określonych w załączniku nr 1b do SIWZ lub
- niewykonania przez Wykonawcę umowy użyczenia. "

Izba zważyła, co następuje:

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Wykonawca, stawiający zarzuty odnoszące się do postanowień SIWZ, które w jego ocenie

---

wpływają na możliwość złożenia przez niego oferty w postępowaniu, spełnia materialno prawne przesłanki wskazane w przywołanym przepisie. Odwołujący ma interes w uzyskaniu danego zamówienia, a naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy grożą mu poniesieniem szkody.

Odwołanie jest zasadne w przeważającej części.

Okoliczności faktyczne nie są sporne. Osią sporu jest ocena, czy dokonana przez zamawiającego zmiana postanowień SIWZ stanowi prawidłowe wykonanie wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 23 kwietnia 2015 r., KIO 791/15.

Rozstrzygnięcie tej kwestii wymaga poczynienia uwag o charakterze generalnym. W postępowaniu odwoławczym dotyczącym czynności dokonanych przez zamawiającego w wyniku orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej lub Sądu Okręgowego, Izba nie może już dokonywać własnych ocen lecz związana jest stanowiskiem wyrażonym wcześniej w tym samym postępowaniu w odniesieniu do tych samych stron sporu przez skład orzekający. Zadaniem stojącym obecnie przed Izbą jest zatem ocena, czy zamawiający w dokonanych zmianach SIWZ zastosował się do dyspozycji wynikających z orzeczenia KIO 791/15 i usunął wskazane przez Izbę niezgodności postanowień SIWZ z przepisami ustawy.

Ocenie podlegają zmienione postanowienia SIWZ, odwołania nie dyskwalifikuje zatem stawianie podobnych a nawet takich samych zarzutów: co do kwalifikacji prawnej, argumentacji oraz żądań. Izba nie jest związana żądaniami, lecz jedynie zarzutami odwołania, zatem w sytuacji stwierdzenia, że w nowym stanie faktycznym odwołujący ponownie zgłasza żądania, co do których w poprzednim postępowaniu odwoławczym Izba odniosła się negatywnie, Izba w badanym postępowaniu również ich nie uwzględni.

Nie można zatem uznać, jak chciałby przystępujący, że odwołujący powtarzając elementy poprzedniego odwołania, próbuje wnieść apelację (prawidłowo: skargę do Sądu Okręgowego *przyp. Izby)* . Odwołanie podlega rozpoznaniu w nowym stanie faktycznym, a ocena żądań odwołującego nastąpi nie tylko w zakresie podniesionych zarzutów, ale również w granicach wytyczonych ocenami zawartymi w uzasadnieniu wyroku KIO 791/15.

Orzeczeniem tym Izba uwzględniła odwołanie Abbot Laboratories Poland Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie i nakazała zamawiającemu 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

---

Wykładnia powołanej sentencji wymaga uwzględnienia tez zawartych w uzasadnieniu orzeczenia. W uzasadnieniu 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.

Z lektury uzasadnienia (str. 18 - 20) wynika, że Izba nie miała wątpliwości, że żądanie zamawiającego dostarczenia mu w ramach niniejszego zamówienia, w trybie odrębnej umowy użyczenia, łóżka angiograficznego (stołu angiograficznego – *przyp. Izby),* nie mieści się w definicji zamówienia publicznego, ustalonej w art. 2 pkt 13 Pzp. Jednocześnie stwierdzono, że w świetle obowiązujących przepisów prawa trudno zamawiającemu zabronić takiego sposobu działania i jego oczekiwań co do oddania mu w formie umowy użyczenia łóżka angiograficznego (stołu angiograficznego – *przyp. Izby).* Niemniej jednak Izba stwierdziła, że gdy określony przedmiot jest przekazywany zamawiającemu w drodze nieodpłatnej umowy, nie mamy do czynienia z zamówieniem publicznym.

Izba wyraziła pogląd, że, mając na względzie legalną - w świetle przepisów Kodeku cywilnego – umowę użyczenia, nie może zabronić zamawiającemu pozyskania określonego sprzętu medycznego na podstawie umowy użyczenia i uznała się za nieuprawnioną w świetle obowiązujących przepisów Pzp do oceny celowości takiego sposobu funkcjonowania zamawiającego i pozyskiwania przez niego określonego sprzętu medycznego. Izba podkreśliła, że jest uprawniona do oceny czynności i zaniechań zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i z tych względów 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 (stołu angiograficznego – *przyp. Izby).*

Izba wywiodła, że 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 Pzp, zobowiązana jest do oceny tego czy postanowienia SIWZ dotyczące przedmiotu zamówienia są jednoznaczne wyczerpujące i czy nie utrudniają uczciwej konkurencji.

Analiza postanowień SIWZ doprowadziła Izbę do wniosku, że dokonany przez zamawiającego opis przedmiotu zamówienia, przez powiązanie właściwego przedmiotu

---

zamówienia publicznego z przedmiotem, który zamówienia publicznego nie stanowi, w szczególności w kontekście sposobu obliczenia ceny ofertowej, budzi poważne wątpliwości.

Izba zwróciła uwagę, że 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 mogą podważać nieodpłatny charakter umowy użyczenia, a powiązanie ich z wyceną właściwego przedmiotu zamówienia, wprost na to wskazuje. Podniosła, iż zamawiający z góry czyni założenie, że koszty związane z użytkowaniem stołu angiograficznego - koszty napraw i serwisu oraz koszty ubezpieczenia - będzie ponosił wykonawca i to w ramach wyceny innego przedmiotu zamówienia. Doprowadziło to Izbę do konkluzji, że przewidywana przez zamawiającego umowa użyczenia ma cechy odpłatności w zakresie kosztów związanych z serwisowaniem, naprawą i ubezpieczeniem sprzętu medycznego, których to kosztów zamawiający nie uwzględnił w wycenie przedmiotu zamówienia.

W związku z tym Izba uznała, że 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, która nie powinna być powiązania z odpłatnością za zupełnie odrębny przedmiot zamówienia.

W ocenie składu orzekającego w niniejszej sprawie powołane tezy wyrażają trafny pogląd, że zamawiający może korzystać z instrumentów cywilnoprawnych i zawierać z wykonawcami umowy pod tytułem darmym, jak umowa użyczenia, jednak umowy takie nie będą umowami w sprawie zamówienia publicznego, a to z uwagi na brak odpłatności wymagany przez art. 2 pkt 13 Pzp.

Izba orzekając w sprawie KIO 719/15 uznała postanowienia SIWZ za niejednoznaczne, z powodu braku możliwości ustalenia, czy umowa użyczenia jest objęta zakresem zamówienia

publicznego oraz, czy faktycznie jest to nieodpłatna umowa użyczenia, skoro zamawiający oczekuje, że koszty związane z pozyskaniem przedmiotu tej umowy (stołu angiograficznego) wykonawca uwzględni w kosztach dostaw wyrobów medycznych. Postulat uwzględnienia kosztów związanych z udostępnieniem zamawiającemu stołu angiograficznego w kosztach dostaw wyrobów medycznych w ocenie Izby rozpoznającej poprzednie odwołanie stawiał pod znakiem zapytania, to, że wykonawca został zobowiązany do ponoszenia kosztów ubezpieczenia i dokonywania na własny koszt przeglądów kontrolnych i okresowych przedmiotu użyczenia oraz ponosił koszty bieżącej konserwacji i napraw, w tym usług

---

serwisowych, napraw gwarancyjnych i pogwarancyjnych usterek powstałych bez winy zamawiającego, czy może za czynności te otrzyma wynagrodzenie wliczone w koszty dostawy wyrobów medycznych.

Izba nie nakazała zamawiającemu wykreślenia kwestionowanych postanowień dotyczących umowy użyczenia, gdyż uznała, że w sytuacji, gdy zamawiający ukształtuje ją jako umowę o charakterze nieodpłatnym, nie będzie ona wchodziła w zakres przedmiotu zamówienia i jako umowa zawarta wyłącznie na podstawie przepisów kodeksu cywilnego nie będzie podlegać kognicji Izby.

Prezentowane stanowisko otwierało przed zamawiającym dwie możliwości.

Po pierwsze, zamawiający mógł dokonać zmian SIWZ w ten sposób, aby przedmiot zamówienia publicznego stanowiła wyłącznie dostawa wyrobów medycznych tj. stentów wieńcowych, stentów wieńcowych pokrywanych lekiem, implantów kardiochirurgicznych, wyrobów medycznych do inwazyjnych zabiegów kardiologicznych, a przedmiotem umowy użyczenia zawartej zgodnie z kodeksem cywilnym poza reżimem ustawy Prawo zamówień publicznych był stół angiograficzny. Realizacją tego zamysłu byłoby zgodnie ze stanowiskiem Izby oddzielenie przedmiotów obu umów i zlikwidowanie powiązań między nimi. Miałoby to nastąpić przez usunięcie wątpliwości, dotyczących kosztów powstałych w związku z umową użyczenia (art. 710 i 713 k.c.). Zdaniem obecnego składu orzekającego zgodnie z tezami zawartymi w uzasadnieniu wyroku KIO 719/15 wykonanie wyroku mogłoby nastąpić przez informacyjne wskazanie w SIWZ, że zamawiający przewiduje zawarcie umowy użyczenia stołu angiograficznego. Taki stan rzeczy spowodowałby wyłącznie kognicji Izby w odniesieniu do umowy użyczenia, gdyż umowa taka nie byłaby powiązania z dostawą wyrobów medycznych i nie wchodziłaby już w zakres przedmiotu zamówienia będącego umową odpłatną zgodnie z art. 2 pkt 13 Pzp.

Alternatywnie zamawiający mógł całkowicie usunąć z dokumentacji postępowania odniesienia do umowy użyczenia. Mimo że takie zachowanie nie było nakazane przez Izbę, która uznała, że zamawiający może sięgać do nieodpłatnych umów cywilnoprawnych poza reżimem ustawy i w tym zakresie z uwagi na brzmienie art. 180 ust. 1 Pzp kognicja Izby jest wyłączona, to zamawiający mógł również w ten sposób usunąć brak jednoznaczności postanowień SIWZ. Zdaniem składu orzekającego takie zachowanie zamawiającego mieściłoby się w granicach wyznaczonych brzmieniem sentencji wyroku wydanego w sprawie KIO 719/15 i realizowałoby tezy wyrażone w uzasadnieniu, powołane w części wstępnej oceny prawnej.

Drugą możliwością rysującą się przed zamawiającym było uznanie, że pozyskanie przez niego stołu angiograficznego wchodzi w zakres odpłatnego zamówienia publicznego.

Wymagałoby to rezygnacji z nieodpłatnej umowy użyczenia oraz takiego ukształtowania SIWZ i warunków umowy w sprawie zamówienia publicznego, które jednocześnie pozwoliłyby na precyzję w opisie przedmiotu zamówienia oraz minimalizację kosztów zamawiającego. Działanie takie byłoby całkowicie dopuszczalne, gdyż definicja dostawy ustalona w art. 2 pkt 2 Pzp nie ogranicza katalogu umów na podstawie których dostawa może być wykonana oraz nie zawęża możliwości zawierania wyłącznie umów nazwanych.

Zamawiający nie wybrał żadnej z tych możliwości, lecz dokonał zmian SIWZ, które nie wypełniały dyrektyw zawartych w uzasadnieniu orzeczenia wydanego w sprawie KIO 719/15.

Nie można uznać, że zamawiający rozdzielił zamówienie publiczne, którego przedmiotem jest dostawa wyrobów medycznych, za które wykonawca otrzyma wynagrodzenie, i nieodpłatną umowę użyczenia, która nie stanowi zamówienia publicznego. Co więcej, zamawiający tak

ukształtował warunki zamówienia, że złożenie oferty na dostawę wyrobów medycznych automatycznie rodzi zobowiązanie wykonawcy do zawarcia umowy użyczenia, zatem zmiana SIWZ dokonana przez zamawiającego ma charakter jedynie redakcyjny i nie jest doniosła prawnie, gdyż nie kształtuje więzi między stronami w sposób wskazany w uzasadnieniu orzeczenia wydanego w sprawie KIO 719/15 . Użyczenie stołu angiograficznego w dalszym ciągu objęte jest zamówieniem publicznym. Nie może być wątpliwości, że jeśli wykonawca nie złożyłby takiego oświadczenia, to jego oferta podlegałaby odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, gdyż nie odpowiadałaby wymaganiom zamawiającego co do wykonania zamówienia jasno wskazanym w SIWZ.

Pogląd ten wzmacnia przewidziane w § 8 ust. 1 tiret trzecie i czwarte umów dotyczących dostawy wyrobów medycznych (Załącznik 1 i 1a do SIWZ) odstąpienie od umowy na dostawę wyrobów medycznych w przypadku nie zawarcia umowy użyczenia stołu angiograficznego lub nie niewykonania przez wykonawcę umowy użyczenia.

Po pierwsze: ponieważ prawo do odstąpienia od umowy dotyczy niewykonania zobowiązań przez dłużnika wynikających z danej umowy, uznać należy, że przygotowanie projektu umowy użyczenia w odrębnym dokumencie ma jedynie techniczny charakter.

Po drugie: zamawiający nie tylko wzmocnił w ten sposób zobowiązanie wykonawcy do udostępnienia mu stołu angiograficznego, ale również zabezpieczył sobie możliwość uzyskania stołu o wymaganych parametrach. Użyte w tiret czwartym pojęcie niewykonania umowy użyczenia obejmuje nie tylko niedostarczenia zamawiającemu stołu, ale również takie sytuacje, gdy stół wprawdzie został dostarczony, ale nie spełnia wymagań opisanych przez zamawiającego w załączniku nr 2 do umowy użyczenia.

W konsekwencji, mimo że wymogi techniczne i funkcjonalne stołu angiograficznego podlegają wprost ocenie w ramach badania i oceny ofert z punktu widzenia opisu przedmiotu

---

zamówienia, to zamawiający faktycznie dokona takiej oceny pod względem opisu zawartego w SIWZ na etapie wykonania umowy. Na marginesie jedynie można zauważyć, że takie działanie nosi cechy obejścia prawa oraz naraża wykonawców na arbitralność zamawiającego po podpisaniu umowy. Wykonawca podpisując umowę na dostawę wyrobów medycznych nie ma bowiem pewności, czy stół angiograficzny dostarczony zamawiającemu zostanie przyjęty i zamawiający uzna, że wykonawca prawidłowo wykonał umowę.

Podsumowując, zamawiający nie tylko nie wykonał prawidłowo wyroku Izby z 23 kwietnia 2015 r. i nie zlikwidował objęcia nieodpłatnej umowy użyczenia zakresem odpłatnego zamówienia publicznego, lecz ściśle powiązał udzielenie zamówienia na dostawę wyrobów medycznych z zobowiązaniem wykonawcy do zawarcia umowy użyczenia stołu angiograficznego.

W konsekwencji usunięcie przez zamawiającego z pk. 3.2 SIWZ kodów Wspólnego Słownika Zamówień dotyczące urządzeń medycznych (33.10.00.00-1) i Urządzeń do diagnostyki sercowo-naczyniowej (a) 33.12.30.00 - 8) jest niewystarczającym wykonaniem przez zamawiającego orzeczenia Izby, skoro omawiane wymagania w dalszym ciągu utrzymują naruszenia art. 29 ust. 1 i 2. W świetle dokumentacji postępowania, wszystkich wymogów SIWZ, nieodpłatne użyczenie nadal stanowi część zamówienia publicznego, czemu Izba sprzeciwiła się we wcześniejszym orzeczeniu.

Izba nakazała zamawiającemu skreślenie postanowień SIWZ, które zamawiający zamieścił 21 maja 2015 r.: pkt 3.6. SIWZ, pkt 5 Formularza ofertowego (Załącznik nr 2a do SIWZ) oraz § 8 ust. 1 tiret trzecie i czwarte umów dotyczących dostawy wyrobów medycznych (Załącznik 1 i 1a do SIWZ). Uznała bowiem, że takie działanie zamawiającego usunie naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 Pzp przez jednoznaczne wskazanie, że przedmiot zamówienia stanowi dostawa wyrobów medycznych, a umowa użyczenia stołu angiograficznego nie podlega reżimowi zamówień publicznych.

Zamawiający wykonując niniejsze orzeczenie ma możliwość, aby kierując się dyrektywami wskazanymi na str. 7 i 8 uzasadnienia ukształtować postanowienia SIWZ tak, aby przedmiot zamówienia odpowiadał jego potrzebom i możliwościom sfinansowania zamówienia i jednocześnie stanowił prawidłowe wykonanie orzeczenia wydanego w sprawie o sygn. KIO 719/15.

Izba nie nakazywała zamawiającemu skreślenia załącznika nr 1b „Umowy użyczenia” będąc związaną w tym zakresie poglądem wyrażonym w sprawie o sygn. KIO 719/15.

Jeśli umowa użyczenia byłaby umową cywilnoprawną, która będzie zawarta poza reżimem zamówień publicznych, badanie jej postanowień pod kątem zgodności z przepisami

---

kodeksu cywilnego jest wyłączone, gdyż ukształtowanie postanowień tej umowy nie stanowi czynności zamawiającego, od której przysługuje odwołania.

Jeśliby natomiast traktować umowę użyczenia jako element umowy w sprawie zamówienia publicznego, to ocena wymagań zamawiającego z punktu widzenia zgodności z *essentialia negotii* umowy użyczenia (art. 710 i nast. k.c.) również jest niezasadna, gdyż w tym przypadku umowa taka byłaby umową w sprawie zamówienia publicznego dotyczącą dostawy, z umownym zastrzeżeniem obowiązku zwrotu stołu angiograficznego i bez przeniesienia jego własności, która nie musi odpowiadać modelowym rozwiązaniom umowy użyczenia rozwiązaniom przyjętym w k.c. .

Z tych też względów Izba nie badała, czy Załącznik nr 1b do SIWZ odpowiada wymaganiom art. 713 k.c. z powodu ponoszenia przez wykonawcę kosztów związanych z gwarancją jakości i serwisem gwarancyjnym obejmującym obowiązkowe przeglądy gwarancyjne i kontrolne przedmiotu użyczenia (§ 4 ust. 3) oraz koszty ubezpieczenia stołu (§ 4 ust. 5) oraz kosztów instalacji stołu czy szkoleń pracowników zamawiającego.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji, uznając część zarzutów i żądań zawartych w odwołaniu za niezasadne.

O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w kwocie 3.600 zł, zgodnie z § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: .....