**Sygn. akt KIO 809/14**

**WYROK**
**z dnia 7 maja 2014 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:
**Przewodniczący: Anna Chudzik**

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **5 maja 2014 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 kwietnia 2014 r. przez wykonawcę **POLMIL Sp. z o.o. S.K.A. z siedzibą w Bydgoszczy**

w postępowaniu prowadzonym przez **Szpital Specjalistyczny nr 2 w Bytomiu**

**orzeka:**

1. **Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu zmianę § 1 ust. 3 oraz § 3 ust. 7 wzoru umowy stanowiącego załącznik B do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, przez określenie gwarantowanego poziomu realizacji dostaw lub wskazanie okoliczności uprawniających Zamawiającego do zaniechania realizacji części dostaw;**
2. Kosztami postępowania obcią a **Szpital Specjalistyczny nr 2 w Bytomiu** i:
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
   2.2. zasądza od **Szpitala Specjalistycznego nr 2 w Bytomiu** na rzecz **POLMIL Sp. z o.o. S.K.A.** kwotę **18 567,00 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy pięćset sześćdziesiąt siedem złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony 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 (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z poźn. 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 809/14**

**Uzasadnienie**

Zamawiający – Szpital Specjalistyczny Nr 2 w Bytomiu – prowadzi o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Przetarg nieograniczony na zakup wraz z dostawą sprzętu medycznego jednorazowego u ytku dla potrzeb Szpitala Specjalistycznego Nr 2 w Bytomiu.*

W dniu 24 kwietnia 2014 r. wykonawca POLMIL Sp. z o.o. S.K.A. wniósł odwołanie wobec treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, e w dniu 16 kwietnia 2014 r. Zamawiający opublikował na swojej tronie internetowej treść SIWZ, której integralną częścią jest załącznik „B" stanowiący e „Wzór umowy".

Zamawiający w treści § 1 ust. 3 ww. „Wzoru umowy", postanowił, w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia przysługiwać mu będzie jednostronnie prawo swobodnego ograniczenia jego obowiązku wobec Wykonawcy nabycia określonych w SIWZ i umowie ilości przedmiotu zamówienia. Powy sze określa zapis: (...) *Zamawiający zastrzega sobie mo liwość zaniechania realizacji określonych ilości dostaw cząstkowych* (...). Zgodnie z § 3 ust. 7 „Wzoru umowy" *(...) Wykonawcy nie przysługuje wobec Zamawiającego roszczenie odszkodowawcze z tytułu dostarczenia mniejszej ilości przedmiotu umowy, ni ilość określona w załączniku/ach do umowy* (...).

Zdaniem Odwołującego, takie działanie Zamawiającego, zarówno w świetle ugruntowanego orzecznictwa, jaki w zgodnej opinii doktryny jest nieuprawnione i narusza interes prawny Wykonawcy.

Odwołujący podniósł, e u yte przez Zamawiającego we wzorze umowy sformułowania, które według Zamawiającego stanowić będą podstawę jego prawa do jednostronnego i nieograniczonego w zakresie ilościowym odstąpienia od zobowiązania nabycia określonego umową z wykonawcą przedmiotu zamówienia, nie są niczym innym ni obejściem ograniczeń ustawowych zawartych w dyspozycji art. 145 ustawy Pzp, gdzie Zamawiający, aby skutecznie, jednostronnie odstąpić od kontraktu o zamówienie publiczne z wykonawcą musi powołać się na interes publiczny, który nie jest to samy z partykularnym interesem samego Zamawiającego, lecz ma znaczenie szersze, związane ze zjawiskami o zasięgu ogólnospołecznym lub ogólnogospodarczym.

3

---

Odwołujący powołał się na stanowisko Sądu Okręgowego w Warszawie, wyra one w wyroku sygn. V Ca 1110/04, w którym Sąd krytycznie odniósł się do postanowień SIWZ, w szczególności projektu umowy, które przyznawały Zamawiającemu nieograniczone prawo do zmniejszenia lub zwiększenia ilości przedmiotu zamówienia na etapie realizacji umowy o zamówienie publiczne. W ocenie Sądu, zaniechanie określania procentowej granicy takiego zmniejszenia lub zwiększenia mo e spowodować znaczne trudności dla dostawcy. Sąd wskazał, e dostawca mając obowiązek zrealizowania umowy po wyborze jego oferty, musi zagwarantować pełną realizację zamówienia, a w związku z tym ponieść - obok realizacji dostawy - inne koszty związane z zabezpieczeniem kontraktu. Dlatego projekt umowy powinien być zmodyfikowany przez Zamawiającego w taki sposób, by dostawca stosując zasadę pewności obrotu i mo liwości zaplanowania sprzeda y na określonym poziomie, miał pewność, e zawarta umowa pozwoli mu sprzedać zamówioną ilość towaru.

W ocenie Odwołującego, istotne postanowienia umowy („Wzór umowy" stanowiący załącznik „B" do SIWZ, § 1 ust. 3 i § 3 ust. 7) nie gwarantują wykonawcy realizacji przedmiotu zamówienie ze strony Zamawiającego w określonym z góry zakresie i przerzucają całkowicie na wykonawcę ryzyko gospodarcze związane z brakiem realizacji przedmiotu zamówienia. Takie działanie Zamawiającego kwalifikuje się do uznania go za całkowicie nieuzasadnione i bezprawne w świetle przepisów ustawy Pzp oraz naruszające interes prawny Odwołującego.

W związku z powy szym Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji treści SIWZ w zakresie zapisu w treści „Wzór umowy" (§ 1 ust. 3 i § 3 ust. 7) poprzez wykreślenie ww. zapisów umo liwiających jednostronne, praktycznie nieograniczone uprawnienie Zamawiającego do zmniejszenia bez jakiegokolwiek limitu, tak ilościowego jak i kwotowego, realizowanego przedmiotu zamówienia lub taką jego modyfikację, aby ewentualne ograniczenie zobowiązania Zamawiającego do nabycia wynikających z umowy ilości przedmiotu zamówienia nie były iluzoryczne, ale gwarantowały drugiej stronie umowy (Wykonawcy) realną, przewidzianą prawem, kontrolę realizacji kontraktu w określonej warunkami (treścią) SIWZ ilości i wartości.

4

---

***Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i dowody przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła i zwa yła, co następuje:***

Na wstępie Izba ustaliła, e Odwołujący - jako wykonawca zainteresowany ubieganiem się o udzielenie zamówienia - spełnia określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp mo e spowodować poniesienie przez niego szkody.

Przedmiotem zamówienia jest dostawa sprzętu medycznego jednorazowego u ytku, podzielona na 139 pakietów obejmujących poszczególne rodzaje sprzętu (Rozdział I § 1 SIWZ). Zgodnie z Rozdziałem I § 2 SIWZ Zamawiający dopuścił składanie ofert częściowych, obejmujących pojedyncze pakiety.

W załączniku B do SIWZ Zamawiający określił wzór umowy, jednolity dla wszystkich pakietów zamówienia). Zgodnie z § 1 wzoru umowy, przedmiot umowy obejmuje sukcesywną dostawę sprzętu medycznego jednorazowego u ytku, realizowaną stosownie do zapotrzebowania. Jednocześnie Zamawiający zastrzegł sobie mo liwość zaniechania realizacji określonych ilości dostaw cząstkowych (§ 1 ust. 3 wzoru umowy). Z kolei w § 3 ust. 7 wzoru umowy Zamawiający zamieścił postanowienie, zgodnie z którym wykonawcy nie przysługuje wobec Zamawiającego roszczenie odszkodowawcze z tytułu dostarczenia mniejszej ilości przedmiotu umowy, ni ilość określona w załączniku/ach do umowy.

W ocenie Izby takie ukształtowanie przedmiotu zamówienia w zakresie ilościowym jest niezgodne z art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, który zobowiązuje do opisania przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń oraz z uwzględnieniem wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. Postanowienia zamieszczone we wzorze umowy nie odpowiadają tym wymaganiom, nie dają bowiem wiedzy co do zakresu ilościowego zamówienia lub przyczyn uzasadniających jego zmniejszenie.

Pokreślić nale y, e opis przedmiotu zamówienia powinien pozwolić wykonawcom na przygotowanie oferty, obliczenie ceny zamówienia i przygotowanie jego realizacji z uwzględnieniem wszystkich wpływających na to czynników. Daleko idąca, oparta na nieostrych przesłankach mo liwości rezygnacji przez Zamawiającego z dostaw będących przedmiotem umowy, utrudnia wycenę zamówienia i przerzuca na wykonawców całe ryzyko



wynikające z niepodlegających adnej kontroli decyzji Zamawiającego. Brak jakiejkolwiek pewności wykonawców co do zakresu dostaw, które zostaną zrealizowane, czy te co do przyczyn uzasadniających zmniejszenie zakresu dostaw, utrudnia im równie nale yte ukształtowanie współpracy z producentami sprzętu medycznego, od których sprzęt ten będzie nabywany.

Izba nie kwestionuje, e realizacja przedmiotu zamówienia jest uzale niona od bie ącego zapotrzebowania Zamawiającego na sprzęt medyczny jednorazowego u ytku i e zapotrzebowanie to uzale nione jest od czynników zmieniających się w toku wykonywania umowy, a zakup sprzętu przekraczającego bie ące zapotrzebowanie jest niecelowy z uwagi na ograniczenia terminu przydatności poszczególnych rodzajów sprzętu. W związku z tym nie tylko trudne, ale równie niecelowe jest odgórne ustalenie dokładnej ilości zamawianego sprzętu, bez przewidzenia jakichkolwiek odstępstw wynikających z okoliczności powstałych w toku wykonywania umowy. Niemniej jednak nie mo na zaakceptować postanowień umowy dających Zamawiającemu całkowitą, nieograniczoną pod względem ilościowym i pozostającą poza wszelką kontrolą dowolność w podjęciu decyzji o zmniejszeniu zakresu dostaw będących przedmiotem zamówienia.

W ocenie Izby Zamawiający, na podstawie swojego doświadczenia z lat ubiegłych oraz uśrednionych danych dotyczących liczby określonego rodzaju procedur medycznych wykonywanych w ciągu roku, mógł określić minimalny poziom dostaw odpowiadający zapotrzebowaniu na poszczególne rodzaje sprzętu. Dotyczy to zwłaszcza tych rodzajów sprzętu jednorazowego, który jest stale stosowany w bie ącej, typowej działalności szpitala (jak np. igły, strzykawki, cewniki, dreny, odzie ochronna, itp.). Nie jest to równie wykluczone w odniesieniu do sprzętu stosowanego w obsłudze specjalistycznych urządzeń medycznych. Zamawiający nie przedstawił przekonującej argumentacji pozwalającej uznać, e określenie gwarantowanego zapotrzebowania nie jest mo liwe, nie zró nicował równie mo liwości zmniejszenia ilości dostaw w zale ności od rodzaju sprzętu i jego specyfiki. Przeciwnie, Zamawiający w odniesieniu do ka dego z pakietów przewidział mo liwość niczym nieograniczonego zmniejszenia, chocia przyznał na rozprawie, e w odniesieniu do ok. 80% pakietów jest w stanie określić zapotrzebowanie z du ym prawdopodobieństwem.

Ponadto, w celu uniknięcia ryzyka konieczności zakupu sprzętu w sytuacji zmniejszonego zapotrzebowania, Zamawiający mógł - zamiast wskazania gwarantowanego progu zakupów - określić we wzorze umowy okoliczności, których wystąpienie uprawniałoby do podjęcia decyzji o zaniechaniu tych dostaw. Przykładowo do okoliczności takich mogłaby nale eć awaria specjalistycznej aparatury medycznej, uniemo liwiająca wykonywanie określonego rodzaju badań czy zabiegów, czy te kwestie związane z realizacją kontraktu

z Narodowym Funduszem Zdrowia, na które to okoliczności Zamawiający wskazywał na rozprawie.

W związku z powy szym Izba nakazała Zamawiającemu zmianę postanowień wzoru umowy, pozwalających na zaniechanie realizacji umowy w nieograniczonym stopniu. Jednocześnie Izba wskazuje, e zmiana ta mo e nastąpić przez ustalenie gwarantowanej ilości dostaw (co mo e równie nastąpić przez wskazanie maksymalnej wartości, co do której mo liwe będzie ich zaniechanie) lub określenie okoliczności pozwalających na niezrealizowanie części dostaw. Oba te sposoby modyfikacji pozwalają, w ocenie Izby, doprecyzować zakres przedmiotu zamówienia i wyeliminować ryzyko nieuzasadnionych decyzji niepodlegających adnej weryfikacji, przy jednoczesnym uelastycznieniu tego zakresu, stosownie do usprawiedliwionych potrzeb Zamawiającego.

Wobec powy szego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 186 ust. 6 pkt 3 lit. a i art. 192 ust. 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący: ……**