

Sygn. akt: KIO 3261/24

POSTANOWIENIE

Warszawa, dnia 27 września 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:

Elżbieta Dobrenko

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 27 września 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 września 2024 r. przez wykonawcę Urtica Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu

w postępowaniu prowadzonym przez Międzyleski Szpital Specjalistyczny w Warszawie

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze,
2. znieść wzajemnie koszty postępowania odwoławczego i nakazać Urzędowi Zamówień Publicznych zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 15.000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) na rzecz wykonawcy Urtica Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, stanowiącej wpis od odwołania.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:

Sygn. akt: KIO 3261/24

UZASADNIENIE

Międzyleski Szpital Specjalistyczny w Warszawie, dalej: „Zamawiający” prowadzi, na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, dalej: „ustawa Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest: Dostawa leków – produktów leczniczych i środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego w tym żywienia dojelitowego i pozajelitowego dla potrzeb Oddziałów Szpitalnych Międzyleskiego Szpitala Specjalistycznego w Warszawie, dalej jako: „Postępowanie”.

Ogłoszenie o konkursie zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 29 sierpnia 2024 r., pod nr 519774-2024.

W dniu 9 września 2024 r. wykonawca Urtica Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, dalej: „Odwołujący” wniósł odwołanie wobec postanowień Specyfikacji Warunków Zamówienia (w zakresie wzoru umowy – załącznika nr 1).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

I. art. 99 ust 1 Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w zakresie § 1 ust. 8 wzoru umowy w sposób niejednoznaczny oraz niewyczerpujący, polegający na zastrzeżeniu przez Zamawiającego „prawa do składania zamówień bez ograniczeń”, bez wskazania minimalnej oraz maksymalnej wielkości lub wartości świadczenia Wykonawcy w odniesieniu do poszczególnych produktów leczniczych, w granicach których Zamawiający uprawniony będzie ograniczyć lub zwiększyć zakres zamówienia, a w konsekwencji pozwalający Zamawiającemu na dokonanie jednostronnej oraz arbitralnej zmiany ilości poszczególnego asortymentu w ramach wszystkich 200 Zadań (1037 pozycji) w postaci dowolnego zamawiania przez Zamawiającego poszczególnych produktów, tj. dowolnego zwiększania lub zmniejszania ilości produktów z wybranych pozycji asortymentu, w tym również całkowitej rezygnacji z niektórych pozycji asortymentu, co uniemożliwia potencjalnym Wykonawcom prawidłowe oszacowanie rzeczywistej wielkości świadczenia, a w konsekwencji pozbawia Wykonawców możliwości prawidłowego skalkulowania ofert oraz dokonania rzetelnej oceny ryzyka w oparciu o racjonalne i jednoznaczne kryteria. Tym samym dokonany przez Zamawiającego nieprecyzyjny opis przedmiotu zamówienia nie uwzględnia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. Uprawnienie, które przyznał sobie Zamawiający w § 1 ust. 8 wzoru umowy prowadzi do sytuacji, w której określone w SWZ, a następnie w ofercie i załączniku do umowy konkretne ilości w zakresie poszczególnych grupy asortymentu, są nabywane przez Zamawiającego zupełnie dowolnie, bez jakiegokolwiek związku z tymi

wstępnie, precyzyjnie wskazanymi ilościami, najczęściej w ilości znacząco przewyższającej te ilości. Prowadzi to do braku zagwarantowania Wykonawcy możliwości zaplanowania i odpowiedniego przygotowania się do realizacji poszczególnych zleceń ze strony Zamawiającego, co z kolei może skutkować brakiem możliwości dochowania oczekiwanych przez Zamawiającego terminów realizacji poszczególnych zleceń, nałożeniem na wykonawcę wysokiej kar umownych, a nawet odstąpieniem przez Zamawiającego od umowy.

II. art. 433 pkt 4 Pzp poprzez obejście ustawowych przepisów dotyczących możliwości ograniczenia zakresu zamówienia i dodanie we wzorze umowy § 1 ust. 8, stanowiącego niedozwoloną klauzulę abuzywną wynikającą z braku wskazania minimalnej wartości lub wielkości zamówienia w odniesieniu do poszczególnych pozycji składających się na przedmiot zamówienia, w rezultacie stworzenia stanu niepewności co do zakresu ilościowego zamówienia, co uniemożliwia wykonawcom rzetelne przygotowanie oferty obliczenie ceny zamówienia i przygotowanie się do jego realizacji.

III. art. 441 Pzp poprzez obejście ustawowych przepisów dotyczących prawa opcji i dodanie we wzorze umowy § 1 ust. 8, który w istocie można interpretować jako prawo opcji, ale zastrzeżone nieprawidłowo, polegające na:

a) braku precyzyjnego oznaczenia przez Zamawiającego maksymalnej wartości opcji, która zgodnie z art. 441 ust. 1 pkt 1 Pzp - stanowi element obligatoryjny klauzuli opcyjnej, zaś jej brak skutkuje nieważnością czynności dokonanych na podstawie ww. klauzuli;

b) braku precyzyjnego oznaczenia przez Zamawiającego okoliczności skorzystania z opcji, które zgodnie z art. 441 ust. 1 pkt 2 Pzp - stanowią element obligatoryjny klauzuli opcyjnej, zaś ich brak skutkuje nieważnością czynności dokonanych na podstawie ww. klauzuli,

- w konsekwencji czego, ustanowiona przez Zamawiającego tak daleko idąca, oparta na nieostrych przesłankach możliwość dowolnego zwiększenia zakresu dostaw będących przedmiotem umowy, znacząco utrudnia wycenę zamówienia i przerzuca na wykonawców cały ryzyko wynikające z niepodlegających żadnej kontroli decyzji Zamawiającego. Brak jakichkolwiek wiedzy lub wykonawców co do maksymalnego zakresu dostaw, które zostaną zrealizowane, utrudnia również należyte kształtowanie współpracy z producentami leków, od których towar ten będzie nabywany.

IV. w konsekwencji zaś powyższych naruszeń - naruszenie art. 99 ust. 4 Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w zakresie § 1 ust. 8 wzoru umowy w ten sposób utrudniający uczciwą konkurencję, pozorny oraz iluzoryczny, podlegający dowolnym jednostronnym modyfikacjom ze strony Zamawiającego w toku wykonania zamówienia, w rezultacie - uniemożliwiający Wykonawcom dokonanie prawidłowej kalkulacji ceny i tym samym znacząco utrudniającej sporządzenie oferty, a po zawarciu umowy - przerzucający na

Wykonawcę całość ryzyka gospodarczego wiążącego się ze spełnieniem świadczenia, którego treść nie jest Wykonawcy znana w momencie przystąpienia do przetargu, i wreszcie w konsekwencji ograniczający krąg potencjalnych wykonawców, którzy w większości nie będą w stanie udźwignąć tak nieograniczonych zmian co do zamawianego asortymentu. Odwołujący dodatkowo wskazał, że ukształtowanie opisu przedmiotu zamówienia zgodnie z § 1 ust. 8 wzoru umowy znacząco różnicuje możliwość oszacowania ryzyka przez wykonawców, którzy zamierzają złożyć ofertę na realizację kilku lub więcej pakietów (zadań), od możliwości wykonawców ubiegających się o realizację jednego pakietu (zadań), zwłaszcza zaś pakietu obejmującego jeden produkt. Jedynie Wykonawca, który złożył ofertę na jedno zadanie obejmujące jeden produkt będzie miał wiedzę w zakresie gwarantowanego poziomu realizacji dostaw przez niego realizowanych przeciwnie do Wykonawców, którzy składają ofertę na wiele zadań i nie są w stanie przy ww. brzmieniu postanowienia umowy skalkulować prawidłowo oferty.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmiany postanowień SWZ w zakresie wzoru umowy (załącznika nr 1 do SWZ) poprzez zmianę § 1 ust. 8, w taki sposób, aby:

a. usunął uprawnienie do zamawiania produktów „bez ograniczeń”, limitowane jedynie do określonego producenta całej wartości umowy, a zamiast tego wprowadził postanowienia zgodne z lit. b i c poniżej;

b. precyzyjne oraz jednoznacznie wskazywał minimalną liczbę (ilość) produktu leczniczego, do której Zamawiający może ograniczyć zakres zamówienia, w odniesieniu do każdego produktu leczniczego wymienionego w wykazie zawartym w Formularzu asortymentowo-cenowym, stanowiącym Załącznik nr 2 do wzoru umowy;

c. precyzyjne oraz jednoznacznie wskazywał maksymalną liczbę (ilość) produktu leczniczego, do którego Zamawiający może zwiększyć zakres zamówienia, w odniesieniu do każdego produktu leczniczego wymienionego w wykazie zawartym w Formularzu asortymentowo-cenowym, stanowiącym Załącznik nr 2 do wzoru umowy, oraz poprzez wskazanie okoliczności skorzystania z tej możliwości.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że odwołanie nie zawierało braków formalnych, został uiszczony od niego wpis, nie zaistniały również przesłanki określone w art. 528 ustawy Pzp, których skutkiem byłoby odrzucenie odwołania.

Ustalono także, że do Prezesa Izby w ustawowym terminie nie wpłynęło żadne zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

W odpowiedzi na odwołanie – piśmie z 19 września 2024 r. Zamawiający oświadczył, że uwzględni odwołanie w całości.

Mając na uwadze powyższe okoliczności, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że postępowanie odwoławcze podlega umorzeniu na podstawie art. 522 ust. 1 ustawy Pzp.

Zgodnie z przywoływanym przepisem, w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Stosownie do art. 568 pkt 3 ustawy Pzp, Izba umarza postępowania odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku, o którym mowa w art. 522.

W związku z powyższym Izba, działając na podstawie art. 522 ust. 1 i art. 568 pkt 3 ustawy Pzp, postanowiła jak w pkt 1 sentencji.

Izba orzekła o wzajemnym zniesieniu kosztów postępowania odwoławczego oraz nakazała zwrot Odwołującemu kwoty uiszczonej tytułem wpisu od odwołania, stosownie do przepisu § 9 ust. 1 pkt 2 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), w przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę w całości koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, znosi się wzajemnie, jeżeli przed otwarciem rozprawy zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu, a w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca albo uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, -w takim przypadku Izba orzeka o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczonej tytułem wpisu.

Uwzględniając powyższe, postanowiono jak w sentencji.

Przewodnicząca: