Sygn. akt: KIO 3956/24

POSTANOWIENIE

Warszawa, dnia 5 listopada 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:**Marek Bienias**

na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 5 listopada 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 października 2024 r. przez wykonawcę **Urtica sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu**, w postępowaniu prowadzonym przez **Szpital Uniwersytecki nr 1 im. dr A. Jurasza w Bydgoszczy,**

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze,
2. nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy **Urtica sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu** kwoty 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną tytułem wpisu 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.

Przewodniczący: ……...

sygn. akt KIO 3956/24

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający – Szpital Uniwersytecki nr 1 im. dr A. Jurasza w Bydgoszczy – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Dostawa leków, preparatów farmaceutycznych, wyrobów medycznych, opatrunków, immunoglobulin, preparatów do żywienia, kontrastów, innych, nr NLZ.2024.271.60.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem2024/S 204-631377.

W dniu 28 października 2024 r. wykonawca Urtica sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu wniósł odwołanie wobec postanowień Specyfikacji Warunków Zamówienia (w zakresie wzorów umowy - załączników nr 9 i 10), zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

I.art. 99 ust. 1 PZP poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w zakresie § 3 ust. 6 wzorów umowy w sposób niejednoznaczny oraz niewyczerpujący, polegający na zastrzeżeniu przez Zamawiającego „prawa do żądania od Wykonawcy zwiększenia rozmiaru dostaw jednego asortymentu kosztem odpowiedniego wartościowo zmniejszenia dostaw innego asortymentu (w stosunku do wartości określonych w formularzu cenowym) przy niezmienionej całkowitej wartości przedmiotu umowy", bez wskazania maksymalnej wielkości lub wartości świadczenia Wykonawcy w odniesieniu do poszczególnych produktów, w granicach których Zamawiający uprawniony będzie zwiększyć zakres zamówienia, a w konsekwencji pozwalający Zamawiającemu na dokonanie jednostronnej oraz arbitralnej zmiany ilości poszczególnego asortymentu w ramach wszystkich 37 części (68 pozycji asortymentowych) w postaci dowolnego zwiększenia ilości produktów z wybranych pozycji asortymentu - nawet w ilościach kilkakrotnie przewyższających ilości asortymentowe precyzyjnie określone w formularzu cenowym, co uniemożliwia potencjalnym Wykonawcom prawidłowe oszacowanie rzeczywistej wielkości świadczenia, a w konsekwencji pozbawia Wykonawców możliwości prawidłowego skalkulowania oferty 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 § 3 ust. 6 wzorów umowy prowadzi do sytuacji, w której określone w SWZ, a następnie w ofercie i załączniku do umowy konkretne ilości w zakresie poszczególnej grupy asortymentu, są nabywane przez Zamawiającego zupełnie dowolnie, bez jakiegokolwiek związku z tymi wstępnie, precyzyjnie wskazanymi ilościami, najczęściej w rozmiarze znacząco przewyższającym te ilości. Prowadzi to do braku zagwarantowania Wykonawcy możliwości zaplanowania i odpowiedniego przygotowania się do realizacji poszczególnych zleceń ze strony Zamawiającego, a ostatecznie stawia Wykonawcę w skrajnie niekorzystnej sytuacji, w której Zamawiający oczekuje od niego realizacji dostaw w ilościach zupełnie oderwanych od ilości określonych w formularzu cenowym pod rygorem dotkliwych sankcji umownych (wysokich kar umownych czy nawet rozwiązania umowy ze skutkiem natychmiastowym).

II.art. 441 PZP poprzez obejście ustawowych przepisów dotyczących prawa opcji i dodanie we wzorach umowy § 3 ust. 6, który w istocie należy 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 całe ryzyko wynikające z niepodlegających żadnej kontroli decyzji Zamawiającego. Brak jakiejkolwiek wiedzy Wykonawców co do maksymalnego zakresu dostaw, które zostaną zrealizowane, utrudnia przygotowanie do realizacji dostaw, w tym również należyte ukształtowanie współpracy z producentami leków, od których towar ten będzie nabywany.

III. w konsekwencji zaś powyższych naruszeń - naruszenie **art. 99 ust. 4 PZP** poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w zakresie § 3 ust. 6 wzorów umowy w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, pozorny oraz iluzoryczny, podlegający dowolnym jednostronnym modyfikacjom ze strony Zamawiającego w toku wykonania zamówienia, a w rezultacie - uniemożliwiający Wykonawcom dokonanie prawidłowej kalkulacji ceny i tym samym znacząco utrudniający 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 ograniczając krąg potencjalnych wykonawców, którzy w większości nie będą w stanie udźwignąć tak nieograniczonych zmian co do zamawianego asortymentu. Odwołujący dodatkowo wskazuje, że ukształtowanie opisu przedmiotu zamówienia zgodnie z § 3 ust. 6 wzorów umowy znacząco różnicuje możliwość oszacowania ryzyka przez wykonawców, którzy zamierzają złożyć ofertę na realizację kilku lub więcej części od możliwości wykonawców ubiegających sie o realizacje jednej części, zwłaszcza zaś części obejmującej jeden produkt. Jedynie Wykonawca, który złoży ofertę na jedna cześć obejmująca jeden produkt będzie miał wiedze w zakresie gwarantowanego poziomu realizacji dostaw przez niego realizowanych, albowiem tylko wówczas ograniczenie w postaci całkowitej wartości umowy będzie miarodajne i będzie miało przełożenie na ilość zadeklarowanego przez Zamawiającego zapotrzebowania. Pozostali Wykonawcy, którzy składała ofertę na wiele części, nie są w stanie przy ww. brzmieniu postanowienia umowy skalkulować prawidłowo oferty.

Opierając się na przedstawionych zarzutach Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu**:**

I.zmianę postanowień SWZ w zakresie Załącznika nr 9 i **Załącznika nr 10 (wzorów umowy)** poprzez zmianę § 3 ust. 6 obu umów w taki sposób, aby precyzyjnie oraz jednoznacznie wskazywały one maksymalną liczbę (ilość) produktu, do której Zamawiający może zwiększyć zakres zamówienia, w odniesieniu do każdego produktu wymienionego w wykazie zawartym w Formularzu cenowym, stanowiącym Załącznik nr 2 do wzoru umowy, oraz poprzez wskazanie okoliczności skorzystania z tej możliwości; przy czym ww. ustanowienie maksymalnej liczby (ilości) dla każdego produktu powinno uwzględniać ilości asortymentowe zadeklarowane przez Zamawiającego w treści Formularza cenowego oraz nie powinno wypaczać tych ilości;

II.dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów **z dokumentów** wymienionych w uzasadnieniu na okoliczności wskazane w treści pisma;

W przedmiotowym postępowaniu po stronie Zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca.

W wyniku wniesionego odwołania przez wykonawcę Urtica sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 30 października 2024 r. (pismo z dnia 30 października 2024 r.) uwzględnił w całości zarzuty zawarte w odwołaniu.

Jednocześnie Zamawiający poinformował, iż: „w zawiadomieniu nr 1 z dnia 29.10.2024 r. odpowiadając na pytania Wykonawców w tym strony odwołującej dokonał modyfikacji i wykreślił z obydwu wzorów umowy niniejszy ww. §3 ust. 6.

Ponadto Zamawiający dookreślił w SWZ

4. Zamawiający deklaruje wykorzystanie umowy:

nie mniej niż 10 % dla części 4- 7, 9 - 11, 13, 16- 18, 20 - 26, 36 - 37

nie mniej niż 20 % dla części 8

nie mniej niż 30 % dla części 30

nie mniej niż 40 % dla części 19, 27, 31

nie mniej niż 50 % dla części 32

nie mniej niż 60 % dla części 1, 2, 3, 12, 14 - 15, 28 - 29, 33 – 35”.

W konsekwencji Izba, na podstawie art. 568 pkt 3 w zw. z art. 522 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.), umorzyła postępowanie odwoławcze, orzekając w formie postanowienia na podstawie art. 553 zd. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz § 9 ust. 1 pkt 2 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. 2020 r. poz. 2437), z którego wynika, że koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, znosi się wzajemnie,

jeżeli przed otwarciem rozprawy zamawiającego 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.

Przewodniczący:……...