Sygn. akt KIO 3212/23

WYROK
z dnia 17 listopada 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący:Maksym Smorczewski
Protokolant:Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 listopada 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 października 2023 r. przez wykonawcę Urtica spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu w postępowaniu prowadzonym przez Szpital Specjalistyczny im. Edmunda Biernackiego w Mielcu z siedzibą w Mielcu przy udziale:

-wykonawcy "Farmacol-Logistyka" spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

-wykonawcy Salus International spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

orzeka:

1.uwzględnia odwołanie w części, uznając za uzasadnione zarzuty naruszenia art. 99 ust. 1, art. 433 pkt 4) oraz art. 441 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, i nakazuje zamawiającemu Szpital Specjalistyczny im. Edmunda Biernackiego w Mielcu z siedzibą w Mielcu:

1.1.zmianę postanowienia § 5 ust. 8 Wzoru umowy, stanowiącego załącznik nr 1 do specyfikacji warunków zamówienia, poprzez wskazanie minimalnej liczby (ilości) produktu leczniczego bądź wyrobu medycznego, do której zamawiający może ograniczyć zakres zamówienia, w zakresie każdego produktu leczniczego i wyrobu medycznego wymienionego w rozdziale II Opis Przedmiotu Zamówienia specyfikacji warunków zamówienia,

1.2.zmianę postanowienia § 5 ust. 10 Wzoru umowy, stanowiącego załącznik nr 1 do specyfikacji warunków zamówienia, poprzez zrozumiałe, precyzyjne i jednoznaczne określenie w zakresie każdego produktu leczniczego i wyrobu medycznego wymienionego w rozdziale II Opis Przedmiotu Zamówienia specyfikacji warunków zamówienia liczby (ilości) produktu leczniczego bądź wyrobu medycznego, do której zamawiający może zwiększyć zakres zamówienia, oraz okoliczności skorzystania z tej możliwości,

2.oddala odwołanie w pozostałym zakresie,

3.kosztami postępowania obciąża wykonawcę Urtica spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu w 2/5 (słownie: dwóch piątych) części oraz zamawiającego Szpital Specjalistyczny im. Edmunda Biernackiego w Mielcu z siedzibą w Mielcu w 3/5 (słownie: trzech piątych) części i:

3.1.zalicza do kosztów postępowania odwoławczego uiszczony przez wykonawcę Urtica spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu wpis od odwołania w wysokości 15 000 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych),

3.2.zasądza od Szpitala Specjalistycznego im. Edmunda Biernackiego w Mielcu z siedzibą w Mielcuna rzecz Urtica spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu kwotę 9 000 zł (słownie: dziewięć tysięcy złotych) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania,

3.3.uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego znosi wzajemnie między Urtica spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu i Szpitalem Specjalistycznym im. Edmunda Biernackiego w Mielcu z siedzibą w Mielcu.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:……

Sygn. akt: KIO 3212/23

UZASADNIENIE

W dniu 31 października 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołaniewykonawcy Urtica spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu (dalej jako „Odwołujący”) w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na dostawy pod nazwą „Sprzedaż i dostawa produktów leczniczych oraz wyrobów medycznych dla potrzeb Szpitala Specjalistycznego im. Edmunda Biernackiego w Mielcu Numer referencyjny: SzP.ZP.271.84.23” (dalej jako „Postępowanie”) prowadzonym przez zamawiającego Szpital Specjalistyczny im. Edmunda Biernackiego w Mielcu z siedzibą w Mielcu (dalej jako „Zamawiający”) wobec treści dokumentów zamówienia.

Odwołujący zarzucił naruszenie

„l.art. 99 ust. 1 PZP w zw. z art. 16 PZP w zw. z art. 353^1 k.c. w zw. z art. 58 § 1 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 PZP poprzez

opisanie przedmiotu zamówienia w zakresie § 5 ust. 8 i 10 wzoru umowy w sposób niejednoznaczny oraz niewyczerpujący, polegający na zastrzeżeniu przez Zamawiającego możliwości dokonania jednostronnej oraz arbitralnej zmiany ilości poszczególnego asortymentu w ramach wszystkich 1105 pozycji, która to zmiana może przybrać postać dowolnego zwiększenia bądź zmniejszenia 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 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 § 5 ust. 8 i 10 wzoru 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. 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 wysokich kar umownych, a nawet wcześniejszym wypowiedzeniem zawartej z nim umowy. Wobec powyższego, działanie Zamawiającego uznać należy za utrudniające uczciwą konkurencję, naruszające zasadę swobody umów oraz sprzeczne z bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa, a w rezultacie nieważne z mocy art. 58 § 1 Kodeksu cywilnego.

II. art. 433 pkt 4 PZP w zw. z art. 16 PZP w zw. z art. 353^1 k.c. w zw. z art. 58 § 1 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 PZP poprzez obejście ustawowych przepisów dotyczących możliwości ograniczenia zakresu zamówienia i dodanie we wzorze umowy § 5 ust. 8 i 10, stanowiących niedozwolone klauzule abuzywne wynikające z:

a) braku wskazania minimalnej wartości lub wielkości zamówienia w odniesieniu do poszczególnych pozycji składających się na przedmiot zamówienia, a w rezultacie stworzeniu stanu niepewności co do zakresu ilościowego zamówienia, co uniemożliwia wykonawcom rzetelne przygotowanie oferty, obliczenie ceny zamówienia i przygotowanie się do jego realizacji. Ustanowiona przez Zamawiającego tak daleko idąca, oparta na nieostrych przesłankach możliwość rezygnacji z dostaw będących przedmiotem umowy, utrudnia bowiem wycenę zamówienia i przerzuca na wykonawców całe ryzyko wynikające z niepodlegających żadnej kontroli decyzji Zamawiającego. Brak jakiejkolwiek wiedzy wykonawców co do zakresu dostaw, które zostaną zrealizowane, czy też co do przyczyn uzasadniających zmniejszenie zakresu dostaw, utrudnia również należyte ukształtowanie współpracy z producentami leków oraz wyrobów medycznych, od których towar ten będzie nabywany;

b) określeniu minimalnego poziomu wykonania umowy w wysokości 51% wartości umowy, a zatem na rażąco niskim poziomie, co świadczy o nadużyciu przez Zamawiającego dominującej pozycji organizatora przetargu przez narzucenie wykonawcom skrajnie niekorzystnych warunków umowy, w sposób sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem instytucji minimalnej wartości zamówienia.

III. art. 441 PZP w zw. z art. 16 PZP w zw. z art. 353^1 k.c. w zw. z art. 58 § 1 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 PZP poprzez obejście ustawowych przepisów dotyczących prawa opcji i dodanie we wzorze umowy § 5 ust. 8 i 10, które w istocie można interpretować jako prawo opcji, ale zastrzeżone nieprawidłowo, polegające na :

a) 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; jakkolwiek bowiem § 7 ust. 2 wzoru umowy przewiduje, że decyzję co do możliwości skorzystania z prawa opcji Zamawiający uzależnia od swoich bieżących potrzeb oraz wykorzystania wartości umowy, tak w treści § 5 ust. 8 i 10 Umowy Zamawiający wprost zastrzega, że uprawniony będzie do składania zamówień w zakresie dodatkowym (objętym opcją, choć Zamawiający nie posługuje się w tym zakresie pojęciem „opcji") w sposób dowolny, w żaden sposób niepowiązany z przesłankami wymienionymi w ww. § 7 ust. 2 Umowy;

b) określeniu przez Zamawiającego rozmiaru zamówienia objętego prawem opcji na poziomie 49% wartości umowy, co prowadzi do niemal całkowitego zrównania zakresu zamówienia podstawowego z zakresem zamówienia objętego opcją, który to stan rzeczy uznać należy za wypaczający istotę oraz społeczno-gospodarcze przeznaczenie prawa opcji, która co do zasady winna mieć charakter akcesoryjny wobec świadczenia podstawowego;.

IV. art. 455 ust. 1 pkt 1 PZP w zw. z art. 432 PZP w zw. z art. 77 § 1 k.c. w zw. z art. 353^1 k.c. w zw. z art. 58 § 1 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 PZP poprzez obejście ustawowych przepisów dotyczących możliwych zmian umowy

przetargowej, polegające na: po pierwsze - przyznaniu sobie uprawnienia do nieograniczonych zmian umowy, w oderwaniu od ściśle określonych zasad i kryteriów ich dokonania, a po drugie - na pominięciu przepisów dotyczących wymaganej formy do zmiany umowy. W konsekwencji, Zamawiający świadomy ww. ograniczeń i naruszeń wprowadza w § 5 ust. 8, 10 i 11 wzoru umowy uprawnienie do zmiany umowy, w oderwaniu od złożonej regulacji § 8 wzory umowy dotyczącej zmian umowy, próbując wywołać przekonanie, że zmiany te nie kwalifikują się jako zmiany umowy przetargowej zgodnie z ww. przepisami.

V.w konsekwencji zaś powyższych naruszeń - naruszenie art. 99 ust. 4 PZP w zw. z art. 16 pkt 1 PZP poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w zakresie § 5 ust. 8 i 10 wzoru 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 wniósł o „nakazanie Zamawiającemu zmianę postanowień SWZ w zakresie wzoru umowy (załącznika nr 1 do SWZ) poprzez zmianę § 5 ust. 8, 10 i 11 w taki sposób, aby:

a.w miejsce § 5 ust. 8 wzoru umowy w jego obecnym brzmieniu, wprowadzić następujące postanowienie: „Zamawiający zastrzega sobie możliwość zmiany ilości poszczególnego asortymentu będącego przedmiotem umowy i wyszczególnionego w wykazie stanowiącym załącznik do niniejszej umowy z zastrzeżeniem, że w odniesieniu do każdej z pozycji minimalny poziom realizacji zamówienia wynosi 70% ilości danego produktu, określonej w załączniku do Umowy. Zmiana powyższa nie spowoduje zmiany wartości określonej w § 5 ust. 1 poniżej 70% tejże wartości

b.wykreślić z § 5 wzoru umowy ustęp 10, ewentualnie w miejsce §5 ust. 10 wzoru umowy w jego obecnym brzmieniu, wprowadzić następujące postanowienie: „Zamawiający zastrzega sobie również uprawnienie do zamawiania większej ilości produktów z jednej pozycji asortymentu i mniejszej z innej, niż wynika to z wykazu stanowiącego załącznik do niniejszej umowy, przy zachowaniu cen jednostkowych zaoferowanych przez Wykonawcę, z zastrzeżeniem nie przekroczenia łącznej wartości umowy oraz z zastrzeżeniem minimalnego poziomu realizacji zamówienia dla poszczególnych pozycji wskazanego w ust. 8, przy czym realizacja zamówienia w zakresie przekraczającym 100% ilości asortymentu w ramach konkretnej pozycji wymagać będzie każdorazowo uprzedniej zgody Wykonawcy wyrażonej w formie podpisanego aneksu";

c.wykreślić z § 5 wzoru umowy ustęp 11”,

a także o „zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego”.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości oraz o „zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania”.

Do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego przystąpili wykonawcy:

-"Farmacol-Logistyka" spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach(dalej jako „Przystępujący1”). który wniósł o uwzględnienie w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu,

-Salus International spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach(dalej jako „Przystępujący2”). który wniósł o uwzględnienie odwołania.

W zakresie mającym istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający prowadzi Postępowanie z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (dalej jako „Pzp”) w trybie przetargu nieograniczonego. Wartość zamówienia przekracza progi unijne, o których mowa w art. 3 ust. 1 Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 20 października 2023 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2023/S 203-635155.

W ogłoszeniu o zamówieniu Zamawiający określił, że „przedmiot zamówienia obejmuje sprzedaż i dostawę produktów leczniczych oraz wyrobów medycznych dla potrzeb Szpitala Specjalistycznego im. Edmunda Biernackiego w Mielcu, asortyment ujęty w 99 Grupach Asortymentowych” oraz że zamówienie jest podzielone na 99 części (nazwanych Grupa 1, Grupa 2 itd.).

W rozdziale II ust. 1 Specyfikacji Warunków Zamówienia w Postępowaniu (dalej jako „SWZ”) określono, że przedmiot zamówienia w poszczególnych jego częściach obejmuje „sprzedaż i dostawę” od 1 do 329 „pozycji asortymentowych”, czyli określonych produktów leczniczych lub wyrobów medycznych, przy czym w zakresie każdego z nich określono liczbę (ilość) jednostek miary produktu leczniczego lub wyrobu medycznego; rzeczona liczby (ilości) wynoszą 1 do 57.000.

§ 5 ust. 8 wzoru umowy, stanowiącego załącznik nr 1 do SWZ, miał treść „Zamawiający zastrzega sobie możliwość zmiany ilości poszczególnego asortymentu lub do rezygnacji z niektórych pozycji asortymentu będącego

przedmiotem umowy i wyszczególnionego wykazie stanowiącym załącznik do niniejszej umowy. Zmiana powyższa nie spowoduje zmiany wartości określonej w § 5 ust. 1 poniżej 51% tejże wartości.”.

§ 5 ust. 10 wzoru umowy, stanowiącego załącznik nr 1 do SWZ, miał treść „Zamawiający zastrzega sobie również uprawnienie do zamawiania większej ilości produktów z jednej pozycji asortymentu i mniejszej z innej, niż wynika to z wykazu stanowiącego załącznik do niniejszej umowy, przy zachowaniu cen jednostkowych zaoferowanych przez Wykonawcę, z zastrzeżeniem nie przekroczenia łącznej wartości umowy.”.

§ 5 ust. 11 wzoru umowy, stanowiącego załącznik nr 1 do SWZ, miał treść „zmiany określone w ustępach 8 lub 10 nie wymagają zmiany umowy w formie aneksu ani zgody Wykonawcy.”.

Ustalając stan faktyczny Izba oparła się na dokumentach zawartych w dokumentacji Postępowania.

Izba pominęła załączone do odwołania dokumenty oznaczone jako „Zestawienie dot. realizacji umowy nr 77/2023”, „Pismo Odwołującego z dnia 5 kwietnia 2023 r. (dot. umowy nr 64/2022)”, „Pismo Zamawiającego z dnia 24 kwietnia 2023 r. (dot. umowy nr 64/2022)”oraz „Pismo Zamawiającego z dnia 24 lipca 2023 r. (dot. umowy nr 77/2023)”, mając na uwadze, że zgodnie z art. 531 Pzp „przedmiotem dowodu są fakty mające dla rozstrzygnięcia sprawy istotne znaczenie”. Ww. dokumenty mogłyby zaś służyć wyłącznie ustaleniu faktów w zakresie wykonywania zawartych przez Zamawiającego umów, które pozostają bez wpływu na ocenę zgodności postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego z przepisami Pzp.

Izba pominęła także załączone do odpowiedzi na odwołanie dokumenty oznaczone jako „pismo Wacława Pokrywki”, „pismo Magdaleny Krępy”, „zestawienie zużycia niektórych produktów i wyrobów w poszczególnych latach podpisane przez Kierownika Apteki Szpitalnej”, „podsumowanie zestawienia pacjentów „covidowych” w latach 2020-2023” oraz „odpowiedź DP.022.300.2023.AŚ KW-1357/23 Karola Kacprzak Naczelnika Wydziału Opinii ds. Koncesji na Roboty Budowlane lub Usługi, Zamówień Sektorowych i Zamówień w Dziedzinach Obronności i Bezpieczeństwa”, które również – jak wskazano poniżej – nie mogły służyć ustaleniu faktów mających dla rozstrzygnięcia sprawy istotne znaczenie.

Ustaleniu takich faktów nie mogły również służyć zeznania świadków Katarzyny Sroczyńskiej, Wacława Pokrywki oraz Magdaleny Krępy, które miały wykazywać możliwość określenia zużycia produktów leczniczych i wyrobów medycznych w okresie 12 miesięcy, zmiany ilości w ich zużyciu w ciągu roku i przyczyn takiego stanu rzeczy, możliwość przewidywania tych przyczyn i prognozowania zużycia na kolejne okresy, wpływu podejmowanych procedur medycznych, ilości pacjentów oraz ich stanów na zużycie produktów leczniczych i wyrobów medycznych. Zważywszy ponadto, że zgodnie z art. 541 Pzp „Izba odmawia przeprowadzenia wnioskowanych dowodów, jeżeli fakty będące ich przedmiotem zostały już stwierdzone innymi dowodami lub gdy zostały powołane jedynie dla zwłoki”, a przeprowadzenie tych dowodów skutkowałoby zwłoką w rozpoznaniu sprawy, Izba oddaliła wniosek o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z tych zeznań.

Izba zważyła, co następuje:

W świetle art. 505 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym „środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy”, Odwołującemu przysługiwało prawo do wniesienia odwołania. Izba nie stwierdziła przy tym, aby zachodziła którakolwiek z określonych w art. 528 Pzp okoliczności skutkujących odrzuceniem odwołania.

Po zapoznaniu się z argumentacją stron i uczestników postępowania odwoławczego, wyrażoną w pismach złożonych w postępowaniu odwoławczym oraz przedstawioną w trakcie rozprawy, Izba uznała, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie w części.

Zarzut naruszenia „art. 99 ust. 1 PZP w zw. z art. 16 PZP w zw. z art. 353^1 k.c. w zw. z art. 58 § 1 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 PZP” był uzasadniony w zakresie naruszenia art. 99 ust. 1 Pzp, zarzutnaruszenia „art. 433 pkt 4 PZP w zw. z art. 16 PZP w zw. z art. 353^1 k.c. w zw. z art. 58 § 1 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 PZP” był uzasadniony w zakresie naruszenia art. 433 pkt 4) Pzp, zaś zarzut naruszenia „art. 441 PZP w zw. z art. 16 PZP w zw. z art. 353^1 k.c. w zw. z art. 58 § 1 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 PZP” był uzasadniony w zakresie naruszenia art. 441 ust. 1 Pzp.

Zgodnie art. 99 ust. 1 Pzp, „przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty”. Art. 433 pkt 4) Pzp stanowi, iż „projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać możliwości ograniczenia zakresu zamówienia przez zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron”. Stosownie zaś do art. 441 ust. 1 Pzp, „zamawiający może skorzystać z opcji, jeżeli przewidział opcję w ogłoszeniu o zamówieniu lub w dokumentach zamówienia w postaci zrozumiałych, precyzyjnych i jednoznacznych postanowień umownych, które łącznie spełniają następujące warunki: 1) określają rodzaj i maksymalną wartość opcji; 2) określają okoliczności skorzystania z opcji; 3) nie modyfikują ogólnego charakteru umowy”.

W ocenie Izby trafne jest stanowisko Odwołującego, że Zamawiający opisał przedmiot zamówienia „w zakresie § 5 ust. 8 i 10 wzoru umowy w sposób niejednoznaczny oraz niewyczerpujący, polegający na zastrzeżeniu przez Zamawiającego możliwości dokonania jednostronnej oraz arbitralnej zmiany ilości poszczególnego asortymentu w ramach wszystkich 1105 pozycji, która to zmiana może przybrać postać dowolnego zwiększenia bądź zmniejszenia ilości produktów z wybranych pozycji asortymentu, w tym również całkowitej rezygnacji z niektórych pozycji asortymentu", a „tym samym dokonany przez Zamawiającego nieprecyzyjny opis przedmiotu zamówienia nie uwzględnia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty", iż § 5 ust. 8 wzoru umowy, stanowiącego załącznik nr 1 do SWZ stanowi „niedozwoloną klauzulę abuzywną" ze względu na „brak wskazania minimalnej wartości lub wielkości zamówienia w odniesieniu do poszczególnych pozycji składających się na przedmiot zamówienia", a także że Zamawiający nie oznaczył precyzyjnie okoliczności skorzystania z opcji.

W świetle treści § 5 ust. ust. 8, 10 i 11 wzoru umowy, stanowiącego załącznik nr 1 do SWZ nie może ulegać wątpliwości (i nie było sporne pomiędzy stronami i uczestnikiem postępowania odwoławczego), że postanowienia te uprawniają Zamawiającego do dokonania jednostronnym oświadczeniem woli - bez oświadczenia woli wykonawcy - zmian w zakresie liczby (ilości) produktu leczniczego bądź wyrobu medycznego jaką wykonawca zobowiązany jest sprzedać Zamawiającemu w zakresie każdego produktu leczniczego i wyrobu medycznego wymienionego w rozdziale II Opis Przedmiotu Zamówienia SWZ, przy czym zakres tych zmian jest dowolny – może polegać na zwiększeniu albo na zmniejszeniu tej liczby nawet do 0, a jedynym ograniczeniem jest – co również było bezsporne – wynikający z § 5 ust. 2 zdanie drugie ww. wzoru - obowiązek nabycia produktów leczniczych lub wyrobów medycznych za kwotę stanowiącą 51% wartości określonej w § 5 ust. 1 ww. wzoru.

Zamawiający podnosił, iż zawarcie w umowie takich postanowień jest dopuszczalne z uwagi na zasadę swobody umów i „rodzaj prowadzonej" przezeń działalności. Stanowisko to nie jest trafne.

Rzecz jasna, do umów w sprawie zamówienia publicznego, zgodnie z art. 8 ust. 1 Pzp, stanowiącym, iż „do czynności podejmowanych przez zamawiającego, wykonawców oraz uczestników konkursu w postępowaniu o udzielenie zamówienia i konkursie oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz.U. z 2022 r. poz. 1360, 2337 i 2339 oraz z 2023 r. poz. 326), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej", stosuje się art. 353^1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (dalej jako „kc"), stosownie do którego „strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego". Wynikająca z tego przepisu możliwość ułożenia stosunku prawnego według uznania stron zawierających umowę w przypadku umowy w sprawie zamówienia publicznego doznaje jednak ograniczeń, z których pierwsze wyrażone są już w drugiej części tego przepisu, wśród których jest niezgodność z ustawą, czyli między innymi z Pzp. Ponadto z art. 8 ust. 1 Pzp wynika, że do takiej umowy przepisy kc, (w tym art. 353^1) stosuje się, jeżeli przepis Pzp nie stanowi inaczej, co oznacza, że jeżeli dana kwestia jest uregulowana w przepisie Pzp, to w tym zakresie nie stosuje się przepisów kc.

Nie może ulegać wątpliwości, że możliwość dokonania przez Zamawiającego zmiany, o której mowa w § 5 ust. 8 wzoru umowy, stanowiącego załącznik nr 1 do SWZ, stanowi możliwość ograniczenia zakresu zamówienia przez zamawiającego, czyli kwestię, która jest uregulowana w art. 433 pkt 4) Pzp, skutkiem czego w tym zakresie na podstawie art. 8 ust. 1 Pzp nie stosuje się art. 353^1 kc.

To samo dotyczy możliwości dokonania przez Zamawiającego zmiany, o której mowa w § 5 ust. 10 ww. wzoru w zakresie zwiększenia zakresu zamówienia, którą to kwestię zdaniem Izby należy uznać za objętą uregulowaniem przepisów art. 441 ust. 1 i art. 99 ust. 1 Pzp.

Nie sposób kwestionować twierdzenia Zamawiającego, iż ma on „ograniczone możliwości w precyzyjnym określeniu potrzeba dla poszczególnych produktów i wyrobów medycznych", a różne okoliczności mają wpływ na „rodzaj i ilość towarów niezbędnych do prawidłowego udzielania świaczeń zdrowotnych", a w zakresie tym nie było sporu pomiędzy stronami i uczestnikami postępowania odwoławczego. Okoliczności te pozostają jednak bez wpływu na ocenę zasadności zarzutów naruszenia art. 99 ust. 1, art. 433 pkt 4) i art. 441 ust. 1 Pzp.

Z art. 433 pkt 4) Pzp wynika norma zakazująca zawarcia we wzorze umowy postanowień przewidujących możliwość ograniczenia zakresu zamówienia przez zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron. Norma ta ma charakter bezwzględnie obowiązujący, a nie ma w Pzp przepisu, który by ograniczał jej zakres bądź wyłączał jej stosowanie w przypadku, gdy występują okoliczności takie jak wskazane powyżej przez Zamawiającego. Tak samo jest w przypadku art. 441 ust. 1 Pzp, zawierający normę określającą warunki skorzystania z opcji.

W odniesieniu do art. 99 ust. 1 Pzp stwierdzić zaś należy, że wynikająca z tego przepisu norma co do zasady nie stoi na przeszkodzie, aby potrzeby zamawiającego były uwzględniane w opisie przedmiotu zamówienia, natomiast również mając charakter bezwzględnie obowiązujący powoduje, że potrzeby te mogą być uwzględnione jedynie

w granicach określonych w tym przepisie wymagań, w jaki sposób przedmiot zamówienia ma być opisany. Zatem różnorakie okoliczności, których istnienie jest dla Izby oczywiste, powodujące, że Zamawiający nie jest w stanie przewidzieć, ile dokładnie poszczególnych produktów leczniczych i wyrobów medycznych będzie potrzebował, nie mogą powodować, że opis przedmiotu zamówienia będzie niezgodny z tym przepisem.

W konsekwencji bez znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy było ustalenie „możliwości określenia zużycia produktów leczniczych i wyrobów medycznych w okresie 12 miesięcy, zmiany ilości w ich zużyciu w ciągu roku i przyczyn takiego stanu rzeczy, możliwości przewidywania tych przyczyn i prognozowania zużycia na kolejne okresy, wpływu podejmowanych procedur medyczny, ilości pacjentów ich stanów na zużycie produktów leczniczych i wyrobów medycznych", „przyczyn znacznego zużycia produktu leczniczego Depo – medrolu z Lidokainą", „przyczyn znacznego zużycia penicyliny krystalicznej", że występują zmiany w zużyciu niektórych produktów i wyrobów w poszczególnych latach oraz „nieprzewidywalna zmienność w zapotrzebowaniu na produkty zawarte w zestawieniu", „ilości przyjętych pacjentów i zmian tych w ilości w poszczególnych latach", w celu wykazania których Odwołujący wniósł o „dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z zeznań świadków Katarzyny Sroczyńskiej, Wacława Pokrywki oraz Magdaleny Krępy" oraz załączył do odpowiedzi na odwołanie dokumenty oznaczone jako „pismo Wacława Pokrywki" „pismo Magdaleny Krępy", „zestawienie zużycia niektórych produktów i wyrobów w poszczególnych latach" oraz „podsumowanie zestawienia pacjentów „covidowych" w latach 2020-2023".

Izba nie podziela także wyrażanego przez Zamawiającego stanowiska, iż przez użyte w art. 433 pkt 4) Pzp sformułowanie „zakres zamówienia" należy rozumieć nie „pojedyncze świadczenia", lecz „ogólne świadczenie" wykonawcy, czyli w okolicznościach sprawy -wszystkie produkty lecznicze lub wyroby medyczne, które wykonawca zobowiązany jest sprzedać Zamawiającemu w danej części zamówienia - wobec czego zamawiający może „zastrzec minimalną wartość całego zamówienia jako zobowiązania po swojej stronie (…) poprzez zastrzeżenie procentowe w stosunku do wartości zawartej umowy". Należy zauważyć, że przy przyjęciu takiego poglądu umowa w sprawie zamówienia publicznego zawierana po przeprowadzeniu postępowania, w którym przedmiot zamówienia obejmuje świadczenie X nie mogłaby zawierać postanowień przewidujących możliwość ograniczenia zakresu tego świadczenia przez zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron, zaś umowa w sprawie zamówienia publicznego zawierana po przeprowadzeniu postępowania, w którym przedmiot zamówienia obejmuje to samo świadczenie oraz co najmniej jedno inne świadczenie mogłaby zawierać postanowienia przewidujące możliwość ograniczenia zakresu świadczenia X przez zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości tego świadczenia.

Sytuacja, w której zamawiający nie mógłby ograniczyć zakresu zamówienia przez bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia w przypadku, gdy przedmiotem zamówienia jest sprzedaż rzeczy ruchomych jednego rodzaju, a mógłby to uczynić, gdy przedmiotem zamówienia jest sprzedaż rzeczy ruchomych tego samego rodzaju oraz sprzedaż rzeczy ruchomych innego rodzaju, oznaczałaby, że możliwość ograniczenia zakresu zamówienia w zakresie sprzedaży rzeczy ruchomych określonego rodzaju (stanowiącej świadczenie) przez zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości tego świadczenia jest uzależniona od tego, czy świadczenie to jest jedynym świadczeniem, do którego spełnienia wykonawca zobowiązuje się umową w sprawie zamówienia publicznego, czy jednym ze świadczeń, do których spełnienia wykonawca zobowiązuje się umową w sprawie zamówienia publicznego. Takie różnicowanie możliwości Zamawiającego w zakresie tego samego świadczenia nie znajduje podstaw.

W przypadku zamówienia udzielanego w częściach należy zauważyć, że każda z części zamówienia w istocie stanowi odrębne zamówienie, oraz iż to zamawiający określa, co obejmuje przedmiot zamówienia w danej części postępowania. Zatem przy przyjęciu, że możliwość ograniczenia zakresu zamówienia bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia jest uzależniona od liczby świadczeń objętych przedmiotem zamówienia w danej części zamówienia, a więc w istocie to Zamawiający decydowałby, w zakresie których świadczeń może ograniczyć zakres zamówienia bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia.

W takim stanie rzeczy art. 433 pkt 4) Pzp znajdowałby zastosowanie do umowy zawieraną po przeprowadzeniu Postępowania w zakresie części zamówienia, w której przedmiot zamówienia obejmował „sprzedaż i dostawę" jednej „pozycji asortymentowej", a nie byłby stosowany do umowy zawieraną po przeprowadzeniu Postępowania w zakresie części zamówienia, w której przedmiot zamówienia obejmował „sprzedaż i dostawę" więcej niż jednej „pozycji asortymentowej". Zważywszy na wynikający z § 5 ust. 2 zdanie drugie wzoru umowy, stanowiącego załącznik nr 1 do SWZ, obowiązek nabycia produktów leczniczych lub wyrobów medycznych za kwotę stanowiącą 51% wartości określonej w § 5 ust. 1 ww. wzoru, w części zamówienia, w której przedmiot zamówienia obejmuje „sprzedaż i dostawę" jednej „pozycji asortymentowej" nie byłoby możliwe, aby Zamawiający ograniczył zakres zamówienia w zakresie danej „pozycji asortymentowej" do mniej niż 51 % wartości określonej w § 5 ust. 1 umowy zawartej w tej części zamówienia, a tym samym zobowiązany byłby nabyć 51 % liczby jednostek miary tej „pozycji asortymentowej"; w części zamówienia, w której przedmiot zamówienia obejmuje „sprzedaż i dostawę" więcej niż jednej „pozycji asortymentowej", nie byłby

zobowiązany nabyć takiej liczby jednostek miary danej „pozycji asortymentowej". Do takiego różnicowania w odniesieniu podobnych świadczeń Izba nie znajduje uzasadnienia.

Wydaje się nie ulegać wątpliwości, że gdy przedmiot zamówienia obejmuje sprzedaż rzeczy wielu rodzajów, wykonawca musi określić bądź oszacować koszty wykonania zamówienia w zakresie sprzedaży danego rodzaju rzeczy, wykonywanie umowy w zakresie rzeczy danego rodzaju następuje niezależnie od wykonywania umowy w zakresie rzeczy innego rodzaju, a najczęściej – jak w przypadku „sprzedaży i dostawy" poszczególnych „pozycji asortymentowych" – wykonawca otrzymuje cenę za sprzedaż każdego rodzaju rzeczy odrębnie. Oznacza to, że sprzedaż każdego rodzaju rzeczy nie jest ściśle powiązana ze sprzedażą rzeczy innego rodzaju.

Wobec powyższego należało uznać, że „sprzedaż i dostawa" każdej „pozycji asortymentowej", czyli każdego produktu leczniczego i wyrobu medycznego wymienionego w rozdziale II Opis Przedmiotu Zamówienia SWZ, stanowi świadczenie, o którym mowa w art. 433 pkt 4) Pzp, a w konsekwencji – że w odniesieniu do poszczególnych produktów leczniczych i wyrobów medycznych wymienionego w rozdziale II Opis Przedmiotu Zamówienia SWZ minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron, do której zamawiający może ograniczyć zakres zamówienia.

Nie ulega wątpliwości, że w zakresie części Postępowania, w których przedmiot zamówienia obejmował „sprzedaż i dostawę" więcej niż jednej „pozycji asortymentowej", w SWZ nie wskazano w odniesieniu do poszczególnych produktów leczniczych i wyrobów medycznych wymienionego w rozdziale II Opis Przedmiotu Zamówienia SWZ minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron, do której zamawiający może ograniczyć zakres zamówienia.

Izba uznała, że takowe wskazanie nie nastąpiło również w zakresie części Postępowania, w których przedmiot zamówienia obejmował „sprzedaż i dostawę" jednej „pozycji asortymentowej". Oczywiste jest, iż w przypadku tych części 51 % wartości świadczenia wykonawcy to 51 % wielkości świadczenia wykonawcy, czyli 51 % liczby (ilości) jednostek miary produktu leczniczego lub wyrobu medycznego wymienionego w rozdziale II Opis Przedmiotu Zamówienia SWZ, oraz żeograniczenie zakresu zamówienia nie może skutkować istnieniem obowiązku „sprzedaży i dostawy" Zamawiającemu niepełnego opakowania produktu leczniczego czy wyrobu medycznego. W zakresie tych części wielokrotnie iloczyn podanej w rozdziale II ust. 1 SWZ liczby jednostek miary i 51 % nie jest jednak liczbą całkowitą, wskutek czego nie jest jednoznacznie wiadomo, ile opakowań wykonawca zobowiązany będzie sprzedać Zamawiającemu, jeżeli ten ograniczy zakres zamówienia o 51 %. W przypadku części 51 zamówienia nie wiadomo wręcz, czy Zamawiający może ograniczyć zakres zamówienia, gdyż podana w rozdziale II ust. 1 SWZ liczba jednostek miary w tym zakresie wynosi 2. W zakresie ograniczenia zakresu zamówienia w przedmiotowych częściach Postępowania tym samym nie sposób uznać, że Zamawiający w sposób jednoznaczny i wyczerpujący opisał przedmiot zamówienia, do czego zobowiązuje art. 99 ust. 1 Pzp.

Wobec powyższego należało stwierdzić, że wobec niewskazania minimalnej liczby (ilości) produktu leczniczego bądź wyrobu medycznego, do której może ograniczyć zakres zamówienia, w zakresie każdego produktu leczniczego i wyrobu medycznego wymienionego w rozdziale II Opis Przedmiotu Zamówienia SWZ, § 5 ust. 8 wzoru umowy, stanowiącego załącznik nr 1 do SWZ jest niezgodny z wymaganiami wynikającymi z art. 99 ust. 1 i art. 433 pkt 4) Pzp.

W tym stanie rzeczy na podstawie art. 544 ust. 1 pkt 2) Pzp, zgodnie z którym „Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi niezgodność projektowanego postanowienia umowy z wymaganiami wynikającymi z przepisów ustawy" oraz art. 544 ust. 3 pkt 1) lit c) Pzp, stanowiącym, że „uwzględniając odwołanie, Izba może jeżeli umowa nie została zawarta nakazać zmianę projektowanego postanowienia umowy albo jego usunięcie, jeżeli jest niezgodne z przepisami ustawy", Izba nakazała zmianę postanowienia § 5 ust. 8 wzoru umowy, stanowiącego załącznik nr 1 do SWZ, poprzez wskazanie minimalnej liczby (ilości) produktu leczniczego bądź wyrobu medycznego, do której zamawiający może ograniczyć zakres zamówienia, w zakresie każdego produktu leczniczego i wyrobu medycznego wymienionego w rozdziale II Opis Przedmiotu Zamówienia SWZ.

Należy wskazać, że także § 5 ust. 10 ww. wzoru jest postanowieniem dotyczącym możliwości ograniczenia zakresu zamówienia przez Zamawiającego w zakresie poszczególnych produktów leczniczych i wyrobów medycznych wymienionych w rozdziale II Opis Przedmiotu Zamówienia SWZ Niewątpliwie jednak w postanowieniu tym rzeczona możliwość jest powiązana ze zwiększeniem zakresu zamówienia w zakresie produktów leczniczych lub wyrobów medycznych innych niż te, w zakresie których następuje ograniczenie zakresu zamówienia, jak również, że zmiany te nie mogą spowodować, że Zamawiający nie będzie zobowiązany nabyć produkty lecznicze lub wyroby medyczne za kwotę stanowiącą mniej niż 51% wartości określonej w § 5 ust. 1 ww. wzoru, zgodnie z § 5 ust. 8 zdanie drugie ww. wzoru. W takiej sytuacji do możliwości ograniczenia zakresu zamówienia w zakresie określonym w § 5 ust. 10 ww. wzoru znajdzie zastosowanie postanowienie § 5 ust. 8 ww. wzoru w brzmieniu po zmianie nakazanej przez Izbę, wskazujące minimalne liczby (ilości) produktu leczniczego bądź wyrobu medycznego, do której zamawiający może ograniczyć zakres zamówienia, w zakresie każdego produktu leczniczego i wyrobu medycznego wymienionego w rozdziale II Opis Przedmiotu Zamówienia SWZ. Nie było więc konieczne wskazanie tych wartości (a tym samym nakazanie ich wskazania) także w § 5 ust. 10 ww. wzoru.

W zakresie, w jakim postanowienie to umożliwia Zamawiającemu dokonanie zmiany skutkującej zwiększeniem zakresu zamówienia w zakresie poszczególnych produktów leczniczych i wyrobów medycznych wymienionych w rozdziale II Opis Przedmiotu Zamówienia SWZ, jak już wskazano powyżej, ocenie Izby podlegała jego zgodność z wymaganiami wynikającymi z art. 99 ust. 1 Pzp, a także z art. 441 ust. 1 Pzp.

Podzielić należało stanowisko Odwołującego, iż wynikająca z § 5 ust. 10 ww. wzoru możliwość zwiększenia zakresu zamówienia w istocie stanowi opcję, o której jest mowa w art. 441 Pzp.

Z art. 31 ust. 2 Pzp, zgodnie z którym „przy ustaleniu wartości zamówienia uwzględnia się największy możliwy zakres tego zamówienia z uwzględnieniem opcji oraz wznowień", wynika, że skutkiem skorzystania z opcji jest zwiększenie zakresu zamówienia. Taki skutek – w zakresie danego produktu leczniczego bądź wyrobu medycznego wymienionego w rozdziale II Opis Przedmiotu Zamówienia SWZ - ma „zamówienie większej ilości produktów z jednej pozycji asortymentu" „niż wynika to z wykazu stanowiącego załącznik" do umowy w sprawie zamówienia publicznego, także w sytuacji, gdy następuje ono równocześnie z zamówieniem mniejszej „ilości produktów z jednej pozycji asortymentu" „niż wynika to z wykazu stanowiącego załącznik" do tej umowy. Wynika to z tego, że określona w § 5 ust. 10 ww. wzoru możliwość „zamawiania większej ilości produktów z jednej pozycji asortymentu i mniejszej z innej" nie jest w żaden sposób ograniczona pod względem ilości, zatem Zamawiający może dowolnie zwiększać „ilość" jednego „produktu" i dowolnie zmniejszać „ilość" innego „produktu", na przykład „zamawiając" 10 opakowań produktu leczniczego więcej „niż wynika to z wykazu stanowiącego załącznik" do umowy w sprawie zamówienia publicznego i 1 opakowanie innego produktu leczniczego mniej „niż wynika to z wykazu stanowiącego załącznik" do ww. umowy. Nie sposób w takiej sytuacji uznać, aby nie dochodziło do zwiększenia zakresu zamówienia, przynajmniej w zakresie tego produktu leczniczego, którego Zamawiający „zamówił" więcej niż wynika to z ww. wykazu.

Izba wskazuje przy tym, że w przypadku, gdy zamówienie jest zamówieniem na dostawy, opcja jest instrumentem pozwalającym zamawiającemu na nabycie produktów w ilości adekwatnej do zaistniałych po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego zmian w zakresie jego potrzeb i o ile w świetle art. 31 ust. 2 Pzp należy uznać, że w umowie w sprawie zamówienia publicznego zamawiający może wyłącznie „zastrzec" „opcję w górę", to jest skutkującą zwiększeniem zakresu zamówienia, to zamawiający ma możliwość zawarcia w takiej umowie postanowień określających „opcję w dół", czyli prowadzących do zmniejszenia zakresu zamówienia. Postanowieniami takimi są postanowienia ograniczające zakres zamówienia, które jednak wymagają określenia „minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron", zgodnie z art. 433 pkt 4) Pzp.

Nie jest nieprawidłowe zawarcie obu rzeczonych możliwości w jednym postanowieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, czy nawet powiązanie ich ze sobą, jak uczynił to Zamawiający w § 5 ust. 10 ww. wzoru. Niemniej przyjęcie, iż w zakresie, w jakim postanowienie to stanowi opcję, umożliwiającą dokonanie zmiany skutkującej zwiększeniem zakresu zamówienia w zakresie poszczególnych produktów leczniczych i wyrobów medycznych wymienionych w rozdziale II Opis Przedmiotu Zamówienia SWZ, skutkuje koniecznością stwierdzenia zgodnie z art. 441 ust. 1 Pzp, że skorzystanie z tej opcji może nastąpić, jeżeli w ogłoszeniu o zamówieniu lub w dokumentach zamówienia znalazły się zrozumiałe, precyzyjne i jednoznaczne postanowienia umowne, które łącznie spełniają następujące warunki: 1) określają rodzaj i maksymalną wartość opcji; 2) określają okoliczności skorzystania z opcji; 3) nie modyfikują ogólnego charakteru umowy. Nie może budzić wątpliwości i nie było sporne w postępowaniu odwoławczym, że w ogłoszeniu o zamówieniu dotyczącym Postępowania ani w dokumentach zamówienia (w szczególności w ww. wzorze umowy) nie określono w zakresie poszczególnych produktów leczniczych i wyrobów medycznych wymienionych w rozdziale II Opis Przedmiotu Zamówienia SWZw sposób zrozumiały, precyzyjny i jednoznaczny liczby (ilości) produktu leczniczego bądź wyrobu medycznego, do której zamawiający może zwiększyć zakres zamówienia, oraz okoliczności skorzystania z tej możliwości.

Nawet gdyby przyjąć, że wynikająca z § 5 ust. 10 wzoru umowy, stanowiącego załącznik nr 1 do SWZ możliwość zwiększenia zakresu zamówienia nie stanowi opcji, o której jest mowa w art. 441 Pzp, to brak byłoby podstaw do uznania, że Zamawiający nie był zobowiązany do jednoznacznego, wyczerpującego, dokładnego i zrozumiałego określenia liczby (ilości) produktu leczniczego bądź wyrobu medycznego, do której zamawiający może zwiększyć zakres zamówienia, oraz okoliczności skorzystania z tej możliwości w zakresie każdego produktu leczniczego i wyrobu medycznego wymienionego w rozdziale II Opis Przedmiotu Zamówienia SWZ. Oczywiste jest, że w przypadku zamówienia na dostawy, opis przedmiotu zamówienia to nie tylko określenie rodzaju rzeczy, jaką zamawiający ma nabyć, ale także – jeżeli jest to rzecz oznaczona co do rodzaju – także jej liczby (ilości), gdyż wykonawca, który chce złożyć ofertę w postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego, musi wiedzieć, jaką liczbę (ilość) rzeczy ma zbyć bądź być gotów zbyć zamawiającemu. Art. 99 ust. 1 Pzp zobowiązuje zaś zamawiającego do opisania przedmiotu zamówienia w sposób wskazany powyżej.

Wobec powyższego Izba stwierdziła, że § 5 ust. 10 wzoru umowy, stanowiącego załącznik nr 1 do SWZ, jest niezgodny z wymaganiami wynikającymi z art. 441 ust. 1 Pzp oraz art. 99 ust. 1 Pzp.

W tym stanie rzeczy na podstawie art. 544 ust. 1 pkt 2) Pzp oraz art. 544 ust. 3 pkt 1) lit c) Pzp Izba nakazała zmianę ww. postanowienia poprzez zrozumiałe, precyzyjne i jednoznaczne określenie w zakresie każdego produktu leczniczego i wyrobu medycznego wymienionego w rozdziale II Opis Przedmiotu Zamówienia SWZ liczby (ilości) produktu leczniczego bądź wyrobu medycznego, do której zamawiający może zwiększyć zakres zamówienia, oraz okoliczności skorzystania z tej możliwości.

Zarzuty naruszenia „art. 433 pkt 4 PZP w zw. z art. 16 PZP w zw. z art. 353^1 k.c. w zw. z art. 58 § 1 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 PZP" oraz„art. 441 PZP w zw. z art. 16 PZP w zw. z art. 353^1 k.c. w zw. z art. 58 § 1 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 PZP" niebyły uzasadnione w zakresie zarzutów naruszenia art. 433 pkt 4) i art. 441 ust. 1 Pzp, w jakim okolicznościami faktycznymi uzasadniającymi wniesienie odwołania były „określenie minimalnego poziomu wykonania umowy w wysokości 51% wartości umowy" oraz „określenie przez Zamawiającego rozmiaru zamówienia objętego prawem opcji na poziomie 49% wartości umowy".

Nie ulega wątpliwości, że w art. 433 pkt 4) Pzp, z którego wynika norma uprawniająca do zawarcia w umowie w sprawie zamówienia publicznego postanowień przewidujących możliwość ograniczenia zakresu zamówienia przez zamawiającego, o ile została w nich wskazana minimalna wartość lub wielkość świadczenia stron, nie określono wymagań w zakresie minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron, jaka ma być wskazana w tych postanowieniach. Należy więc uznać, że przepis ten nie stawia żadnych ograniczeń co do wartościowego bądź wielkościowego zakresu ograniczenia zakresu zamówienia przez zamawiającego, pozostawiając mu swobodę w tej mierze. Nie ma więc podstaw do przyjęcia, że z tego przepisu wynikają wymagania, z którymi niezgodna byłyby wynikająca z § 5 ust. 8 i 10 wzoru umowy, stanowiącego załącznik nr 1 do SWZ, możliwość ograniczenia zakresu zamówienia w takim zakresie, iż minimalna wartość świadczenia zamawiającego będzie wynosiła 51 % wartości określonej w § 5 ust. 1 ww. wzoru.

W zakresie zarzutu obejmującego naruszenie art. 441 ust. 1 Pzp wymaga wskazania, że sytuacja, w której zamawiający może ograniczyć zakres zamówienia w sposób prowadzący do zmniejszenia wartości lub wielkości jego świadczenia o 49 % nie oznacza, że maksymalna wartość opcji wynosi 49 %. Jak wskazano powyżej, ograniczenie zakresu zamówienia nie jest opcją w rozumieniu przepisów Pzp, lecz jej przeciwieństwem – czynnością skutkującą zmniejszeniem tego zakresu, a nie zwiększeniem. Nie znajduje zatem podstaw twierdzenie, że Zamawiający określił „rozmiar zamówienia objętego prawem opcji na poziomie 49% wartości umowy".

Ponadto należy stwierdzić, że w art. 441 ust. 1 Pzp, w którym określono warunki, jakie muszą spełniać postanowienia umowy w sprawie zamówienia publicznego, aby zamawiający mógł skorzystać z przewidzianej w niej opcji, wśród których jest określenie maksymalnej wartości opcji, nie zawarto wymagań w zakresie maksymalnej wartości opcji. Nie ma więc podstaw do przyjęcia, że z przepisu tego wynika wymaganie, z którym niezgodne byłyby § 5 ust. 8 i 10 wzoru umowy, stanowiącego załącznik nr 1 do SWZ, w szczególności w zakresie wynikającej z § 5 ust. 10 ww. wzoru możliwości dokonania zmiany skutkującej zwiększeniem zakresu zamówienia w zakresie poszczególnych produktów leczniczych i wyrobów medycznych wymienionych w rozdziale II Opis Przedmiotu Zamówienia SWZ.

Zarzuty naruszenia „art. 99 ust. 1 PZP w zw. z art. 16 PZP w zw. z art. 353^1 k.c. w zw. z art. 58 § 1 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 PZP", „art. 433 pkt 4 PZP w zw. z art. 16 PZP w zw. z art. 353^1 k.c. w zw. z art. 58 § 1 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 PZP" oraz „art. 441 PZP w zw. z art. 16 PZP w zw. z art. 353^1 k.c. w zw. z art. 58 § 1 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 PZP" nie były uzasadnione w zakresie naruszenia art. 16 Pzp w związku z art. 353^1 kc w związku z art. 58 § 1 kc w związku z art. 8 ust. 1 Pzp.

Zgodnie z art. 16 Pzp, „zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny". Art. 58 § 1 k.c. stanowi, że „czynność prawna sprzeczna z ustawą albo mająca na celu obejście ustawy jest nieważna, chyba że właściwy przepis przewiduje inny skutek, w szczególności ten, iż na miejsce nieważnych postanowień czynności prawnej wchodzą odpowiednie przepisy ustawy".

Należy stwierdzić, że w zakresie, w jakim art. 16 Pzp miał zostać naruszony w związku z art. 99 ust. 1 Pzp, w odwołaniu ograniczono się do twierdzenia, że „działanie Zamawiającego uznać należy za utrudniające uczciwą konkurencję", nie przedstawiając okoliczności faktycznych ani prawnych wskazujących na naruszenie art. 16 Pzp, natomiast w zakresie, w jakim przepis ten miał zostać naruszony w związku z art. 441 Pzp, w odwołaniu w ogóle nie przedstawiono takich okoliczności.

W świetle treści odwołania Izba przyjęła, że w zakresie, w jakim przepis ten miał zostać naruszony w związku z art. 433 pkt 4) Pzp, Odwołujący jako takie okoliczności wskazał, iż „skutkiem takiej klauzuli redukcyjnej może być również złożenie przez wykonawców nieporównywalnych ofert, co z kolei prowadzi do wniosku, że opis przedmiotu zamówienia został dokonany w sposób, który może utrudniać uczciwą konkurencję"; nie wynika z niej jednoznacznie, co Odwołujący

rozumie przez rzeczoną „klauzulę redukcyjną", która miałaby prowadzić do wymienionego wyżej skutku.

W tym stanie rzeczy Izba znalazła podstaw do stwierdzenia, że Zamawiający naruszył art. 16 Pzp.

W zakresie naruszenia art. 353^1 kc w związku z art. 58 § 1 kc w związku z art. 8 ust. 1 Pzp wymaga wskazania, że - jak przedstawiono powyżej - z art. 8 ust. 1 Pzp wynika, że przepisy kc (czyli między innymi art. 58 § 1 oraz art. 353^1) stosuje się do umowy w sprawie zamówienia publicznego, jeżeli przepis Pzp nie stanowi inaczej, co oznacza, że jeżeli dana kwestia jest uregulowana w przepisie Pzp, to w tym zakresie nie stosuje się przepisów kc. W ocenie Izby w sytuacji, gdy z art. 433 pkt 4) Pzp wynika wymaganie wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron, to pomimo nie określenia w nim, jaka owa wartość lub wielkość ma być wskazana, kwestię wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron należy uznać za uregulowaną w Pzp, a tym samym do której nie stosuje się przepisów kc. To samo dotyczy art. 441 Pzp, który należy ocenić jako przepis regulujący kwestię maksymalnej wartości opcji, mimo że nie zostało w nim wskazane, jaka może być ta wartość.

Wobec powyższego zarzuty i twierdzenia dotyczące niezgodności § 5 ust. 8 i 10 wzoru umowy, stanowiącego załącznik nr 1 do SWZ z art. 353^1 kc czy ich nieważności na podstawie art. 58 § 1 kc. - stosowanymi na podstawie art. 8 ust. 1 Pzp – nie mogły prowadzić do stwierdzenia naruszenia tych przepisów.

Zarzut naruszenia „art. 455 ust. 1 pkt 1 PZP w zw. z art. 432 PZP w zw. z art. 77 § 1 k.c. w zw. z art. 353^1 k.c. w zw. z art. 58 § 1 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 PZP" nie był uzasadniony.

Zgodnie z art. 432 Pzp „umowa wymaga, pod rygorem nieważności, zachowania formy pisemnej, chyba że przepisy odrębne wymagają formy szczególnej". Art. 455 ust. 1 pkt 1) Pzp stanowi, że „dopuszczalna jest zmiana umowy bez przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia niezależnie od wartości tej zmiany, o ile została przewidziana w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia, w postaci jasnych, precyzyjnych i jednoznacznych postanowień umownych, które mogą obejmować postanowienia dotyczące zasad wprowadzania zmian wysokości ceny, jeżeli spełniają one łącznie następujące warunki: a) określają rodzaj i zakres zmian, b) określają warunki wprowadzenia zmian, c) nie przewidują takich zmian, które modyfikowałyby ogólny charakter umowy". Stosownie zaś do art. 77 § 1 kc „uzupełnienie lub zmiana umowy wymaga zachowania takiej formy, jaką ustawa lub strony przewidziały w celu jej zawarcia".

Stanowisko Odwołującego, iż „w przedmiotowej zaś sprawie Zamawiający w § 5 ust. 11 wzoru umowy w zw. § 5 ust. 8 i 10 wzoru umowy zastrzegł sobie możliwość dokonania zmiany umowy bez zachowania formy pisemnej, w formie jednostronnego oświadczenia woli, poprzedzonego jednostronną, arbitralną oraz wyłączoną spod jakiejkolwiek kontroli decyzją" jest nietrafne, w szczególności biorąc pod uwagę zawarte w odwołaniu twierdzenia dotyczące zarzutów naruszenia „art. 99 ust. 1 PZP w zw. z art. 16 PZP w zw. z art. 353^1 k.c. w zw. z art. 58 § 1 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 PZP", „art. 433 pkt 4 PZP w zw. z art. 16 PZP w zw. z art. 353^1 k.c. w zw. z art. 58 § 1 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 PZP" oraz „art. 441 PZP w zw. z art. 16 PZP w zw. z art. 353^1 k.c. w zw. z art. 58 § 1 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 PZP".

Jak wskazano powyżej, możliwość dokonania przez Zamawiającego zmiany, o której mowa w § 5 ust. 8 wzoru umowy, stanowiącego załącznik nr 1 do SWZ, stanowi możliwość ograniczenia zakresu zamówienia przez zamawiającego; Izba podzieliła przy tym stanowisko Odwołującego, że wynikająca z § 5 ust. 10 ww. wzoru możliwość zwiększenia zakresu zamówienia stanowi prawo opcji.

Konieczne jest podkreślenie, że zmiana umowy, o której mowa w art. 455 ust. 1 pkt 1) Pzp, polega na dokonaniu zmiany treści stosunku prawnego wynikającego z umowy w sprawie zamówienia publicznego w zakresie, w jakim zawierając ją jej strony nie złożyły zgodnego oświadczenia woli (natomiast przewidywały możliwość złożenia takiego oświadczenia); z ww. przepisu wynika zaś wymaganie, aby strony tej umowy złożyły zgodne oświadczenie woli przewidujące rzeczoną możliwość. Ograniczenie zakresu zamówienia przez zamawiającego, o którym mowa w art. 433 pkt 4) Pzp, jak i skorzystanie z opcji, o której mowa w art. 441 Pzp, skutkujące zwiększeniem zakresu zamówienia, zmienia zakres zamówienia, ale w obu przypadkach następuje to jednostronnym oświadczeniem woli zamawiającego, w sytuacji, gdy w umowie w sprawie zamówienia publicznego jej strony zgodnym oświadczeniem woli przyznały zamawiającemu prawo do złożenia takiego jednostronnego oświadczenia woli.

Tym samym art. 455 ust. 1 pkt 1) Pzp, a w konsekwencji także innych przepisów powołanych w tym zarzucie, nie stosuje się do § 5 ust. 8 i 10 wzoru umowy, stanowiącego załącznik nr 1 do SWZ, a więc także do odnoszącego się do nich § 5 ust. 11 ww. wzoru.

Zarzut naruszenia „art. 99 ust. 4 PZP w zw. z art. 16 pkt 1 PZP" nie był uzasadniony.

Zgodnie z art. 99 ust. 4 Pzp „przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów".

Jak wynika z treści odwołania Odwołujący zarzucił naruszenie art. 99 ust. 4 Pzp w związku z art. 16 pkt 1) Pzp, upatrując naruszenia tych przepisów w opisaniu przedmiotu zamówienia w § 5 ust. 8 i 10 wzoru umowy, stanowiącego załącznik nr 1 do SWZ, w sposób ograniczający uczciwą konkurencję ze względu na „opisanie wielkości i zakresu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, za pomocą określeń nieprecyzyjnych i ogólnych tj. w sposób nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty".

Należy wskazać, że porównanie treści art. 16 pkt 1) Pzp i art. 99 ust. 4 Pzp prowadzi do wniosku, że w zakresie dokonywania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego czynności w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji (który nie mógłby utrudniać uczciwej konkurencji) wynikająca z art. 99 ust. 4 Pzp norma prawna dotyczy wyłącznie opisywania przedmiotu zamówienia, a norma prawna wynikająca z art. 16 pkt 1) Pzp dotyczy wszystkich czynności dokonywanych w ramach przygotowania i prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Oznacza to, że w tym zakresie art. 99 ust. 4 Pzp jest przepisem szczególnym wobec art. 16 pkt 1) Pzp, którego więc nie stosuje się, gdy zastosowanie znajduje art. 99 ust. 4 Pzp.

Wymaga zauważenia, że norma określająca obowiązek opisania przedmiotu zamówienia „w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty" wynika z innej jednostki redakcyjnej art. 99 Pzp (z ust. 1) niż norma zakazująca opisania przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję (ust. 4), co prowadzi do wniosku, że naruszenie obowiązku wynikającego z art. 99 ust. 1 Pzp nie jest objęte hipotezą normy wynikającej z art. 99 ust. 4 Pzp (naruszeniem wynikającego z niego zakazu).

Zważywszy więc, że Izba stwierdziła, iż § 5 ust. 8 i 10 wzoru umowy, stanowiącego załącznik nr 1 do SWZ, są niezgodne z wymaganiami wynikającymi z art. 99 ust. 1 Pzp, brak było podstaw do uznania, że z powodów przedstawionych w odwołaniu postanowienia te są niezgodne z art. 99 ust. 4 Pzp.

W zakresie, w jakim Izba uznała zarzuty przedstawione w odwołaniu za nieuzasadnione, wobec nie stwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp, odwołanie należało oddalić, o czym orzeczono w punkcie 2. wyroku.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono w punkcie 3. wyroku na podstawie art. 557 i art. 575 Pzp oraz § 2 ust. 1 pkt 2), § 5 pkt 1) i 2) oraz § 7 ust. 2 pkt 1) i ust. 3 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.

Zgodnie z art. 557 Pzp „w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego", stosownie zaś do art. 575 Pzp strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku. Z § 2 ust. 1 pkt 2) ww. rozporządzenia wynika, że wysokość wpisu wnoszonego w postępowaniu o udzielenie zamówienia na dostawy o wartości przekraczającej progi unijne, o których mowa w art. 3 ust. 1 Pzp, wynosi 15.000 złotych. Stosownie do § 5 pkt 1) i 2) ww. rozporządzenia do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się wpis oraz uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego. § 7 ust. 2 pkt 1) ww. rozporządzenia stanowi, że „w przypadku uwzględnienia odwołania przez Izbę w części, koszty ponoszą odwołujący i zamawiający, jeżeli 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 zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości albo w części", zaś § 7 ust. 3 ww. rozporządzenia, iż „w przypadku, o którym mowa w ust. 2 pkt 1 i 2, Izba rozdziela: 1) wpis stosunkowo, zasądzając odpowiednio od zamawiającego albo uczestnika postępowania odwoławczego wnoszącego sprzeciw na rzecz odwołującego kwotę, której wysokość ustali, obliczając proporcję liczby zarzutów przedstawionych w odwołaniu, które Izba uwzględniła, do liczby zarzutów, których Izba nie uwzględniła; 2) koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, w sposób określony w pkt 1 lub znosi te koszty wzajemnie między odwołującym i odpowiednio zamawiającym albo uczestnikiem postępowania odwoławczego wnoszącym sprzeciw".

Stosownie do § 5 pkt 1) ww. rozporządzenia, do kosztów postępowania odwoławczego zaliczono wpis w wysokości uiszczonej przez Odwołującego, tj. 15.000 złotych.

Zważywszy że Izba uwzględniła trzy zarzuty przedstawione w odwołaniu, a dwóch nie uwzględniła, koszty postępowania odwoławczego w zakresie wpisu rozdzielono stosunkowo – w proporcjach 2/5 Odwołujący i 3/5 Zamawiający. W konsekwencji zgodnie z § 7 ust. 3 pkt 1) i 2) ww. rozporządzenia zasądzono od Zamawiającego na rzecz Odwołującego 3/5 kwoty uiszczonej tytułem wpisu od odwołania, a także zniesiono wzajemnie między Odwołującym i Zamawiającym uzasadnione koszty postępowania odwoławczego Odwołującego i Zamawiającego, o których mowa w § 5 pkt 2) ww. rozporządzenia.

Przewodniczący:……