Sygn. akt KIO 1064/23

POSTANOWIENIE

z dnia 26 kwietnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący:Michał Pawłowski

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 26 kwietnia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu
17 kwietnia 2023 r. przez wykonawcę URTICA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością
z siedzibą we Wrocławiu w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Mazowiecki Szpital Specjalistyczny Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Radomiu
w przedmiocie zamówienia publicznego na: *„dostawę produktów leczniczych";* numer referencyjny: DZP.341.07.2023

postanawia:

1.Umarza postępowanie odwoławcze.

2.Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego URTICA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą
we Wrocławiu kwoty 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącej równowartość wniesionego wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710, ze zm.) na niniejsze postanowienie –
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 1064/23

Uzasadnienie

Zamawiający – Mazowiecki Szpital Specjalistyczny Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Radomiu działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710, ze zm.), zwanej dalej jako „ustawa PZP", prowadzi postępowanie o udzieleniezamówienia publicznego na: *„dostawę produktów leczniczych".* Numer referencyjny tego zamówienia to: DZP.341.07.2023.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej
w dniu 21 marca 2023 r., pod numerem 2023/S 057-169207.

W dniu 17 kwietnia 2023 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) Odwołujący – wykonawca URTICA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu wniósł odwołanie wobec postanowień Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej jako „SWZ") w jej brzmieniu zmodyfikowanym w dniu 7 kwietnia 2023 r.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 439 ust. 1 i 2 pkt 1 i 2 ustawy PZP w zw. z art. 353^1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks Cywilny (Dz. U. z 2022 r., poz. 1360), zwanej dalej jako „k.c.", w zw. z art. 58 § 1 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy PZP – poprzez ustalenie klauzuli waloryzacyjnej w § 5 ust. 14-18 wzoru umowy w sposób niepozwalający na zapewnienie: (1) równowagi stron stosunku prawnego, (2) ekwiwalentności świadczeń stron umowy oraz (3) rozłożenie ryzyka wzrostu cen na obie strony umowy w przypadku zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, a zatem w sposób sprzeczny z ustawą oraz naturą stosunku zobowiązaniowego, polegające na:

a) określeniu poziomu zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, uprawniającego wykonawcę do żądania zmiany wynagrodzenia jako średniej wzrostu wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych publikowanego przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego, mierzonego w cyklu kwartalnym, względem okresu poprzedniego, liczonego jako suma tego wskaźnika z 4 ostatnich kwartałów, następnie podzielona na 4, na poziomie co najmniej 7%, co skutkuje jedynie pozornym i iluzorycznym wypełnieniem przez Zamawiającego wymogów z art. 439 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 ustawy PZP, podczas gdy określenie poziomu zmiany ceny materiałów lub kosztów, uprawniającego strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia na tak wysokim poziomie, czyni w istocie zmianę wynagrodzenia

niemożliwą lub co najmniej wysoce nieprawdopodobną, które to działanie prowadzi wyłącznie do obejścia przepisu art. 439 ust. 1 ustawy PZP,

b) braku określenia sposobu ustalenia zmiany wynagrodzenia oraz nieprawidłowym opisaniu sposobu określenia wpływu zmiany ceny materiałów lub kosztów na koszt wykonania zamówienia, a zamiast tego nieuprawnione obciążenie wykonawcy obowiązkiem sformułowania propozycji zmiany wysokości wynagrodzenia wraz z uzasadnieniem, przedłożenia dokumentów dowodzących wpływ wzrostu wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych na koszt wykonania umowy, a także obowiązkiem wykazania przez wykonawcę adekwatności przedstawionej propozycji zmiany wynagrodzenia do zmiany kosztów wykonania umowy przez wykonawcę, podczas gdy takie rozwiązanie jest w świetle art. 439 ust. 1 i 2 ustawy PZP nieuprawnione, a określenie sposobu ustalenia zmiany wynagrodzenia oraz sposobu określenia wpływu zmiany ceny materiałów lub kosztów na koszt wykonania zamówienia powinno następować poprzez odesłanie do obiektywnych wskaźników makroekonomicznych lub katalogów nakładów rzeczowych, jednak w każdym przypadku musi to być wskaźnik obiektywny, jednoznaczny, łatwo dostępny, niezależny od stron umowy, jak najbliżej związany z przedmiotem zamówienia, albo w przypadku zmiany
w oparciu o ceny lub koszty opierać się na zmianach cen rynkowych, do których ma dostęp ogłaszanych (publikowanych) przez podmiot niezależny od stron umowy,

c) uzależnieniu możliwości zastosowania klauzuli waloryzacyjnej od należytej realizacji przedmiotu umowy, podczas gdy dyspozycja art. 439 ust. 1 i 2 ustawy PZP nie uprawnia Zamawiającego do wprowadzania takiego warunku, natomiast ewentualne uchybienia po stronie wykonawcy w wykonaniu umowy obwarowane są w treści wzoru umowy innymi sankcjami, tj. przede wszystkim możliwością obciążenia wykonawcy karami umownymi lub odstąpieniem przez Zamawiającego od umowy,

d) uzależnieniu możliwości zastosowania klauzuli waloryzacyjnej od dochowania przez wykonawcę terminu 30 dni od dnia ogłoszenia komunikatu Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego, podczas gdy w sytuacji, w której dodatkowo zmiana może nastąpić dopiero po upływie 6 miesięcy realizacji umowy, terminy te mogą się w praktyce nie pokrywać,
a wykonawca będzie zmuszony, po upływie 6 miesięcy realizacji umowy, do odczekania kolejnych 2 miesięcy do publikacji przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego kolejnego kwartalnego wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych, co także wskazuje na sformułowanie klauzuli w sposób wewnętrznie sprzeczny, niepozwalający na realną realizację uprawnień wykonawcy (zarzut nr 1),

2) art. 99 ust. 1 ustawy PZP poprzez opisanie przedmiotu zamówienia, w zakresie § 5 ust. 14-18 wzoru umowy, w sposób, który w konsekwencji uniemożliwi Odwołującemu prawidłowe oszacowanie ceny przy uwzględnieniu prognozowanego realnego wzrostu cen kosztów i materiałów związanych z realizacją zamówienia, polegające na: (1) określeniu poziomu zmiany ceny materiałów lub kosztów uprawniającego strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia, o którym mowa w art. 439 ust. 2 pkt 1 ustawy PZP, (2) określeniu sposobu ustalenia zmiany wynagrodzenia oraz (3) wskazaniu sposobu określenia wpływu zmiany ceny materiałów lub kosztów na koszt wykonania zamówienia, o których mowa w art. 439 ust. 2 pkt 2 lit. a i pkt 3 ustawy PZP na poziomie, który w praktyce uniemożliwia zapewnienie równowagi stron stosunku prawnego, ekwiwalentności świadczeń stron umowy oraz rozłożenie ryzyka wzrostu cen na obie strony umowy w przypadku zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia (zarzut nr 2),

3) w konsekwencji naruszeń objętych zarzutami nr 1 i nr 2 odwołania – naruszenie art. 99 ust. 4 ustawy PZP w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy PZP poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w zakresie § 5 ust. 14-18 wzoru umowy – w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, polegający na sformułowaniu klauzuli waloryzacyjnej, o której mowa w art. 439 ust. 1 i 2 ustawy PZP w sposób pozorny oraz iluzoryczny, w konsekwencji zmuszający wykonawców do oferowania cen, które oderwane są od realnych wskaźników i faktycznych uwarunkowań gospodarczych, których zastosowanie przy szacowaniu ceny pozwalałoby na zapewnienie uczciwej konkurencji w ramach niniejszego postępowania.

W podsumowaniu zarzutów odwołania Odwołujący stwierdził, że regulacja § 5 ust. 14-18 wzoru umowy uniemożliwia wykonawcy prawidłową kalkulację ceny i tym samym utrudnia sporządzenie oferty, ponadto może ona utrudniać uczciwą konkurencję, zaś po zawarciu umowy – dotknięta będzie ona sankcją nieważności.

W związku z podniesionymi zarzutami Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania
i nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany postanowień SWZ w zakresie wzoru umowy (Załącznika nr 2 do SWZ) poprzez zmianę § 5 ust. 14-18 wzoru umowy w taki sposób, aby:

a) w ust. 14 w miejsce 7% jako średniej liczonej jako suma ostatnich czterech kwartałów poprzedzających złożenie wniosku o waloryzację, kwartalnego wskaźnika cen towarów
i usług konsumpcyjnych w stosunku do kwartału poprzedniego, podzielona następnie przez 4, jako minimalnego poziomu

zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia uprawniającego strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia, został wprowadzony poziom 3%,

b) w miejsce § 5 ust. 17 wzoru umowy w jego obecnym brzmieniu, wprowadzić następujące postanowienie: *„Waloryzacja wynagrodzenia wykonawcy następować będzie przy zastosowaniu wskaźnika, którego wysokość zostanie obliczona w oparciu o ust. 14 niniejszego §, tj. po zsumowaniu ogłaszanych kwartalnie wskaźników cen towarów i usług konsumpcyjnych za 4 poprzednie kwartały i następnie ich podzieleniu przez 4",*

c) w § 5 ust. 15 wzoru umowy wykreślić następujące sformułowania: *„należytej"* odnoszącego się do realizacji przedmiotu umowy przez wykonawcę oraz zastrzeżenia *„(...)*
z zastrzeżeniem, że przedmiot Umowy realizowany był należycie, zgodnie z warunkami ustalonymi Umową, a Wykonawca wykazał wpływ zmiany cen materiałów lub kosztów na koszt wykonania przedmiotu Umowy", a także *„i/lub brak należytej realizacji zamówienia zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia i postanowieniami Umowy".*

Ponadto Odwołujący zawarł w odwołaniu wniosek o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów wymienionych w uzasadnieniu odwołania na okoliczności zawarte w treści jego pisma oraz wniosek o zasądzenie od Zamawiającego na jego rzecz kosztów postępowania odwoławczego obejmujących uiszczony wpis od odwołania, a także koszty zastępstwa procesowego i wydatek na 2 opłaty skarbowe od pełnomocnictwa.

Ze znajdującej się w aktach sprawy odwoławczej informacji przekazanej przez Zamawiającego Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 kwietnia 2023 r. wynika, że informację o wniesieniu odwołania wraz z jego kopią oraz wezwaniem wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego Zamawiający zamieścił na swojej stronie internetowej w dniu 14 kwietnia 2023 r.

Izba ustaliła, że termin na zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego upłynął w dniu 17 kwietnia 2023 r. Do dnia wydania przez Izbę postanowienia na posiedzeniu niejawnym nie wpłynęło żadne zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego – ani po stronie Zamawiającego, ani po stronie Odwołującego.

Następnie w dniu 25 kwietnia 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło pismo Zamawiającego, w którym poinformował on, że tego samego dnia zmodyfikował zapisy SWZ, w tym zapisy załącznika nr 2 do SWZ – postanowienia § 5 ust. 14-18 wzoru umowy, które stanowiły przedmiot zarzutów zgłoszonych w odwołaniu w przedmiotowej sprawie. Zdaniem Zamawiającego odwołanie podlega oddaleniu na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP, gdyż brak jest czynności Zamawiającego, której w oparciu o dokumentację postępowania można przypisać naruszenie przepisów ustawy PZP, w tym przepisów uzasadniających uwzględnienie odwołania. Zamawiający dodał również, że Odwołujący nie posiada interesu w podtrzymaniu wniesionego środka zaskarżenia m. in. z uwagi na brak spełnienia przesłanki poniesienia szkody w wyniku naruszenia przepisów ustawy PZP, albowiem czynność, z którą wiązała się ewentualna szkoda, nie istnieje. Pismo Zamawiającego zostało przesłane do Izby drogą elektroniczną i zostało podpisane przez dwóch członków Zarządu Spółki.

Izba zważyła, co następuje:

Analiza materiału zgromadzonego w aktach niniejszej sprawy odwoławczej doprowadziła Izbę do przekonania, że postępowanie odwoławcze w przedmiotowej sprawie stało się zbędne, ponieważ Zamawiający w wyniku kolejnego odwołania wniesionego w postępowaniu przetargowym przez wykonawcę URTICA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością
z siedzibą we Wrocławiu w dniu 25 kwietnia 2023 r. dokonał zmiany postanowień SWZ
(a ściślej rzecz biorąc Załącznika nr 2 do SWZ zawierającego wzór umowy), których dotyczyły zarzuty i wnioski odwołania. Izba uznała zatem, że skoro treść postanowień SWZ (wzoru umowy) została zmodyfikowana już po wniesieniu odwołania, to okoliczność ta skutkuje zniesieniem substratu zaskarżenia, albowiem nie istnieją już zapisy SWZ
w kształcie, jaki był na datę wniesienia odwołania.

Wobec powyższego Izba stwierdziła, że postępowanie odwoławcze podlega umorzeniu na podstawie przesłanki z art. 568 pkt 2 ustawy PZP.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie art. 557 ustawy PZP i art. 574-576 ustawy PZPoraz w oparciu o przepis § 9 ust. 2 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. z 2020 r., poz. 2437). Z uwagi na umorzenie tego postępowania na podstawie przesłanki z art. 568 pkt 2 ustawy PZP koszty postępowania odwoławczego zostały wzajemnie zniesione między stronami. Izba orzekła też o nakazaniu zwrotu wpisu od odwołania uiszczonego przez

Odwołującego.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:……