

**WYROK**  
z dnia 10 marca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

**Przewodniczący: Anna Packo**

**Protokolant: Marta Słoma**  
**Mikołaj Kraska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 marca 2022 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 lutego 2022 r. przez wykonawcę

**S. N. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą PHU UNITED S. N. z siedzibą w Toruniu**

w postępowaniu prowadzonym przez **Wojewódzki Szpital Zespolony im. L. Rydygiera w Toruniu**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Wojewódzkiemu Szpitalowi Zespolonemu im. L. Rydygiera w Toruniu powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz unieważnienie czynności wykluczenia wykonawcy S. N. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą PHU UNITED S. N.,
2. kosztami postępowania obciąża Wojewódzki Szpital Zespolony im. L. Rydygiera w Toruniu i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez S. N. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą PHU UNITED S. N. tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od Wojewódzkiego Szpitala Zespolonego im. L. Rydygiera w Toruniu na rzecz S. N. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą PHU UNITED S. N. kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset

**złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu.**

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 2021 r., poz. 1129 z późn. zm.) 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:** .....

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

Zamawiający – Wojewódzki Szpital Zespolony im. L. Rydygiera w Toruniu prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „dostawę papieru do drukarek oraz artykułów papierniczych i biurowych” na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 z późn. zm.).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 00035754. Wartość zamówienia nie przekracza progów unijnych, o których mowa w art. 3 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

### I Stanowisko Odwołującego

Odwołujący – S. N. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą PHU UNITED S. N. wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez bezzasadne przyjęcie, iż w stosunku do Odwołującego zaistniała przesłanka tam określona, co skutkowało wykluczeniem go z postępowania na podstawie art. 110 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, podczas gdy w stosunku do Odwołującego brak było podstaw do jego wykluczenia.

Odwołujący wniósł o uchylenie zaskarżonej decyzji w całości.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że został wykluczony z postępowania, a jego oferta odrzucona w zakresie zadania nr 1 i 2 w związku z rzekomym zaistnieniem przesłanki określonej w art. 109 ust.1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych. Uzasadniając swoją decyzję Zamawiający stwierdził, iż Odwołujący w swoim oświadczeniu nie odniósł się do procedury samooczyszczenia oraz nie podjął działań naprawczych w ramach wcześniejszej umowy z Zamawiającym.

Odwołujący nie zgadza się z takim stanowiskiem. Istotnie, 19 stycznia 2022 r. Zamawiający wypowiedział umowę nr W.Sz.Z.:TZ-280-3-1/21 z 15 kwietnia 2021 r. i obciążył Odwołującego notą księgową obciążeniową na kwotę 60.470,96 zł tytułem nienależytego wykonania umowy. Odwołujący odesłał notę bez akceptacji w celu dochodzenia świadczeń na drogę sądową, gdyż nie zgadza się z niweczącym umowę oświadczeniem Zamawiającego. Zdaniem Odwołującego rozwiązanie umowy nastąpiło nie z jego winy, a z powodu niewyrażenia przez Zamawiającego zgody na zmianę wartości umowy zgodnie z jej postanowieniami (§ 6 punkt 4 ppkt 4.3). Zgoda Zamawiającego na proponowaną modyfikację wartości umowy pozwoliłaby uniknąć nowego postępowania przetargowego, które pod względem ekonomicznym postawiło Zamawiającego w bardzo niekorzystnym położeniu, o

czym świadczy m.in. finalne unieważnienie postępowania w związku ze złożeniem ofert przewyższających znacznie kwoty, jakie Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Z kolei umowa nr W.Sz.Z.:TZ-280-3-1/21 z 2021 r. zezwalała na zmianę wynagrodzenia do 50% wartości pierwotnej umowy w przypadku zaistnienia nieprzewidzianych okoliczności covidowych.

W październiku 2021 r. Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego z wnioskiem o zmianę wartości umowy zgodnie z § 6 tej umowy. Negocjacje z Zamawiającym przebiegały w sposób następujący: Od 18.10.2021 r. do 13.12.2021 r. Zamawiający rozpatrywał wniosek Odwołującego o zmianę wartości umowy wraz ze złożonymi dowodami potwierdzającymi konieczność wprowadzenia zmiany wartości pierwotnej umowy z powodów okoliczności covidowych. Zamawiający wskazywał w pismach, jakie dowody mają być dostarczane, co też Odwołujący wykonywał z należytą starannością. 13.12.2021 r. Zamawiający nie wyraził zgody na wzrost cen, ale nie zakwestionował dostarczonych dowodów. Poinformował, że oczekuje od Odwołującego deklaracji co do dalszej realizacji umowy z 15.04.2021 r. na warunkach

w niej określonych. W trakcie negocjacji Zamawiający przesyłał zamówienia żądając ich realizacji na warunkach określonych w umowie, nie zważając na istniejącą sytuację. Pismem z 17.12.2021 r. Odwołujący zawniósł o rozwiązanie umowy w trybie natychmiastowym bez obciążania wykonawcy karami umownymi na mocy art.15r<sup>1</sup> ustawy z dnia 2 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, gdyż zaistniała sytuacja, tj. niemożność realizacji umowy na warunkach określonych 15.04.2021 r. z okresem obowiązywania do 15.04.2023 r. nie wynikała z winy wykonawcy. Dla sprawnego funkcjonowania Szpitala Odwołujący zaoferował gwarancję ciągłości dostaw artykułów biurowych i papierniczych w cenach obowiązujących w danym okresie, tj. po drastycznych podwyżkach, jakie miały miejsce pod koniec listopada i na początku grudnia. 20 grudnia 2021 r. Zamawiający wezwał telefonicznie Odwołującego na dalsze negocjacje, które miały się odbyć 21.12.2021 r. Na spotkaniu nie uzyskano porozumienia, ponieważ kierownictwo Szpitala podjęło decyzję o zmianie cen jedynie o 10%, co nie pozwoliłoby Odwołującemu na należyłą realizację umowy, nie uzasadniając swojej decyzji, nie wskazując terminu obowiązywania nowych cen. Pismem z 28.12.2021 r. Zamawiający zażądał przedstawienia ostatecznego stanowiska Odwołującego dotyczącego dalszej współpracy bądź złożenia oświadczenia o odstąpieniu od realizacji umowy. Pismem z 29.12.2021 r. Odwołujący poinformował Zamawiającego, że gotów jest dokończyć realizację umowy w stabilnych i korzystnych dla Zamawiającego cenach w przypadku wyrażenia zgody na zmianę wartości umowy nieprzekraczającej 50% jej pierwotnej wartości. Dla Zamawiającego zostały przedstawione propozycje cenowe. Wykonawca zobowiązał się również do zachowania ciągłości dostaw do końca lutego 2022 r. na warunkach cenowych

zaproprowanych przez Zamawiającego na spotkaniu 21.12.2021 r., tj. zmiana cen o 10%. Takie rozwiązanie pozwoliłoby na przeprowadzenie nowego postępowania przetargowego zachowując ciągłość dostaw w niezmiennych cenach do końca lutego 2022 r., bardzo korzystnych dla Zamawiającego. 5.01.2022 r. na podstawie art. 491 § 1 Kodeksu cywilnego Zamawiający wezwał Odwołującego do wykonania umowy do 14.01.2022 r. nie wskazując przy tym miejsca dostaw wielkogabarytowych ani ilości asortymentu, który należałoby dostarczyć, aby Odwołujący mógł wykonać swoje zobowiązanie. W § 1 punkt 4 umowy W.Sz.Z.:TZ-280-3-1/21 Zamawiający zastrzegł sobie prawo opcji (art. 441 ustawy Prawo zamówień publicznych), dokonania zakupu mniejszej ilości przedmiotu umowy. Wykonawca nie może zatem samodzielnie podejmować decyzji o wykonaniu umowy bez przeprowadzonej analizy zapotrzebowania asortymentowego ze strony Zamawiającego. 7.01.2022 r. Odwołujący poinformował Zamawiającego, że istnieje możliwość wykonania niezrealizowanej części umowy w sposób jednorazowy i gotów jest podpisać stosowny aneks w sprawie zmiany postanowień umowy zgodnie z § 7 punkt 3 oraz § 13. Brak odpowiedzi ze strony Zamawiającego. 19.01.2022 r. Zamawiający wypowiedział umowę oraz wystawił notę księgową obciążającą w wysokości 60 470,96 zł tytułem nienależytego wykonania umowy z terminem płatności 14 dni od wystawienia noty. 2 lutego 2022 r. Zamawiający został poinformowany o odesłaniu noty obciążeniowej bez akceptacji i księgowania.

W ocenie Odwołującego sposób, w jaki Zamawiający prowadził negocjacje, wskazuje na to, że dążył do tego, by to Odwołujący złożył oświadczenie o odstąpieniu od wykonywania umowy, co pozwoliłoby na obciążenie go karami umownymi na mocy § 4 pkt 3 umowy. Nie uzyskawszy celu Zamawiający sam wypowiedział umowę naliczając kary umowne, mimo że to Zamawiający nie dochował warunków umowy, odstąpił od umowy nie biorąc pod uwagę czynników i warunków, w jakich przyszło realizować umowę. Niewykonanie zobowiązania zdaniem Zamawiającego nastąpiło z przyczyn leżących po stronie Odwołującego, z czym Odwołujący się nie zgadza. Spośród szerokiej i elastycznej propozycji współpracy ze strony Odwołującego Zamawiający podjął decyzję o odstąpieniu od umowy wbrew dostarczonym dowodom i warunkom umowy. Wykonawca zgodnie z § 6 umowy niezwłocznie poinformował Zamawiającego o wpływie okoliczności związanych z COVID-19 na dalsze wykonywanie umowy, dostarczył żądane przez Zamawiającego dowody oraz zaproponował wiele korzystnych dla Szpitala rozwiązań w sprawie dalszej realizacji umowy. Zamawiający nigdy nie zakwestionował przedłożonych mu dowodów. Oświadczył jedynie, że Odwołujący jako profesjonalista mógł przewidzieć taką sytuację i odpowiednio skalkulować swoją ofertę. Odwołujący jako wykonawca z 18-letnim doświadczeniem w licznych postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych nie widział podstawy zawyżania cen aż o 50% na dzień składania oferty, tj. 15 marca 2021 r. w sytuacji, gdy § 6 umowy przewiduje zmianę cen

spowodowanych okolicznościami covidowymi w trakcie trwania umowy. Ponadto takie rozwiązanie byłoby niekorzystne dla Zamawiającego, gdyż już od początku realizacji umowy musiałby ponosić niepotrzebny koszt takiej kalkulacji.

Dowody potwierdzające uczciwość Odwołującego i rzetelne przygotowanie propozycji cenowej na etapie negocjacji w świetle dynamicznie rozwijającej się globalnej sytuacji cenowej na rynku pod koniec roku 2021:

1. Odwołujący zaproponował ostatecznie zmianę wartości umowy dla dwóch zadań o 46% do jej pierwotnej wartości. W październiku 2021 r. wnioskował o zmianę cen jednostkowych jedynie o 15 %, gdyż w tamtym okresie nie było konieczności wnioskowania o zmianę wartości umowy o 46%. Warunki umowy nie ograniczały Odwołującego do złożenia tylko jednego wniosku w czasie obowiązywania umowy. Największe podwyżki spowodowane następstwem okoliczności covidowych, których nie dało się przewidzieć na etapie składania oferty, miały miejsce pod koniec roku, co zostało udowodnione dokumentami producentów/dystrybutorów, a kolejne podwyżki zapowiedziane były na styczeń/luty 2022 r. Gdyby Zamawiający wyraził zgodę w październiku na zmianę wartości umowy o 15%, zgodnie z wnioskiem Odwołującego, w toku dalszej współpracy Odwołujący miałby możliwość złożenia kolejnego wniosku o kolejną zmianę wartości umowy, o ile wzrost wynagrodzenia spowodowany każdą kolejną zmianą nie przekroczyłby 50% wartości pierwotnej umowy (§ 6 punkt 4 ppkt 4.3 umowy). Wnioskowanie w październiku 2021 r. o większą zmianę wartości umowy niż o 15% byłoby nieuczciwą praktyką w stosunku do Zamawiającego w świetle realiów rynkowych. W trakcie blisko 3-miesięcznej procedury weryfikacyjnej oraz negocjacyjnej miały miejsce kolejne podwyżki obejmujące coraz szerszy wachlarz asortymentu. Wskutek długotrwałego braku decyzji Zamawiającego Odwołujący został zmuszony do wstrzymania dostaw, o czym poinformował Zamawiającego w 25.11.2021 r.

2. Zmiana wartości umowy w granicy 46% byłaby propozycją bardzo korzystną dla Zamawiającego. Umowa nr W.Sz.Z.:TZ-280-3-1/21 została podpisana na kwotę 613.721,17 zł z możliwością zmiany wynagrodzenia do 50% wartości pierwotnej umowy. Po zmianie wartość umowy wyniosłaby 898.189,54 zł. Zamawiający podjął jednak decyzję o zerwaniu umowy i przeprowadzeniu nowego postępowania przetargowego, w którym Odwołujący ponownie wziął udział i ponownie okazał się być najtańszym spośród oferentów: 1.239.332,87 zł na dwa zadania, kolejny oferent – 1.792 668,24 zł. Obecna wartość najtańszej oferty w obu zadaniach jest droższa od propozycji Odwołującego wprowadzenia zmiany wartości do umowy o 341.143,33 zł przy mniej więcej tym samym asortymencie.

W postępowaniu Zamawiający celowo wprowadził do oświadczenia o niepodleganiu wykluczeniu z postępowania z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych

w celu uniemożliwienia Odwołującemu wzięcia udziału w tym postępowaniu. W poprzednich postępowaniach Zamawiającego takiego zapisu nie było.

W zaistniałej sytuacji aspekt nierozstrzygniętego sporu nie powinien być brany pod uwagę do czasu jego rozstrzygnięcia. Oferta Odwołującego była najkorzystniejsza. Szereg referencji wystawionych przez Zamawiającego z poprzednich lat współpracy potwierdza rzetelność i profesjonalizm firmy Odwołującego, wszystkie dostawy były realizowane zgodnie z warunkami określonymi w umowie. W trakcie wieloletniej współpracy ze Szpitalem Odwołujący nigdy nie dostał ponaglenia lub upomnienia ani kar za opóźnienie w dostawach, nie wnioskował też o zmianę cen, nawet przy umowach obowiązujących w okresie dwuletnim.

## II Stanowisko Zamawiającego

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania jako bezzasadnego.

Zamawiający wskazał, że nie podziela stanowiska i zarzutów Odwołującego. Ocena podmiotowa wykonawcy i weryfikacja co do podlegania wykluczeniu z udziału w postępowaniu w oparciu o oświadczenie z art. 125 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych wskazuje jednoznacznie na niespełnienie przez Odwołującego przesłanki wykluczenia określonej w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, która obowiązuje w prowadzonym postępowaniu. W konsekwencji zaistnienia tej okoliczności ofertę Odwołującego odrzucono w części dotyczącej zadania nr 1 i 2 na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania.

Zamawiający zastosował fakultatywną podstawę wykluczenia według treści zgodnej z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, co wynika z rozdziału IV pkt 3 oraz 3.2.2 specyfikacji warunków zamówienia, treść ogłoszenia o zamówieniu (sekcja V pkt 2.2) oraz treści załącznika nr 6 do specyfikacji warunków zamówienia – wzoru oświadczenia o niepodleganiu wykluczeniu z postępowania. Każdy z wykonawców wiedział na etapie podejmowania decyzji o udziale w postępowaniu, jakie są warunki tego postępowania i według jakich zasad i przesłanek będzie weryfikowany. Do upływu terminu składania ofert żaden wykonawców nie zakwestionował obowiązywania tej przesłanki wykluczenia, a tym samym obowiązuje ona i stanowi podstawę do weryfikacji podmiotowej wykonawców, którzy złożyli oferty.

Odwołujący, składając ofertę, złożył oświadczenie zgodnie z treścią załącznika nr 6 o braku podstaw do wykluczenia w zakresie wszystkich przesłanek obowiązujących w postępowaniu. W złożonym oświadczeniu Odwołujący w ogóle nie odniósł się do ewentualnej procedury samooczyszczenia (*self-cleaning*) oraz podjęcia działań naprawczych i zapobiegawczych określonych w art. 110 ust. 2 pkt 1-3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Taka treść

oświadczenia Odwołującego o braku podstaw do wykluczenia, zważywszy na wcześniej nienależycie zrealizowane zamówienie jest, w ocenie Zamawiającego, w sposób oczywisty niezgodna z zaistniałymi faktami w tym zakresie, a w konsekwencji zachodzi przesłanka do wykluczenia Odwołującego z postępowania. Okolicznością faktyczną stanowiącą podstawę do wykluczenia stanowiło odstąpienie przez Zamawiającego 19.01.2022 r. od wcześniejszej umowy nr W.Sz.Z:TZ280-3-1/21 z 15.04.2021 r. z powodu nienależytego wykonania tej umowy. W konsekwencji Odwołującemu naliczono kary umowne z tytułu nieterminowej dostawy, nienależytego wykonania umowy, a także wykonania zastępczego. Okoliczności te stanowią oczywistą podstawę do wykluczenia Odwołującego z postępowania, gdyż wykazywał on znaczące niedociągnięcia w spełnieniu istotnego wymogu w ramach wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego z Zamawiającym, które doprowadziły do rozwiązania tej umowy oraz zastosowania sankcji w postaci kar umownych. Podstawa wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych jest niezależna od tego, czy niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania wynikającego z wcześniejszej umowy było zawinione przez wykonawcę. Zamawiający wykazał natomiast w uzasadnieniu decyzji o wykluczeniu z postępowania i odrzuceniu oferty fakt, że nienależyte wykonanie zobowiązania nastąpiło z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

Nie ulega wątpliwości, że nienależyte wykonanie wcześniejszego zobowiązania miało także charakter znaczący, gdyż Odwołujący „długotrwale nienależycie wykonywał zobowiązanie”, tj. nie dostarczał od 29.11.2021 r. artykułów w wyniku składanych zamówień częściowych w ramach zawartej 24-miesięcznej umowy okresowej, oczekując na uzyskanie zgody Zamawiającego w zakresie wzrostu cen w oczekiwanej wysokości. Niewykonanie zobowiązania nastąpiło z przyczyn leżących po stronie Odwołującego, gdyż odmawiał on realizacji dostaw na warunkach wynikających z treści oferty tj. po cenach określonych w złożonej ofercie, stwarzał konieczność realizacji dostaw w ramach wykonania zastępczego, a tym samym naruszał istotnie zobowiązania wynikające z umowy. Ostatecznie sytuacja ta zmusiła Zamawiającego do odstąpienia od umowy na ponad rok przed upływem terminu jej obowiązywania.

Dwuletni okres obowiązywania umowy jest także kwestią, której w kontekście analizy przesłanek wykluczenia nie można pominąć. Przy składaniu oferty w takim postępowaniu wykonawca powinien w sposób należyty kalkulować koszty realizacji zamówienia na przestrzeni tego okresu. Koszty te w całym czasie realizacji umowy mogą ulegać zmianie zwiększając się lub zmniejszając okresowo. Odwołujący na przestrzeni ostatnich kilku lat dostarczał Zamawiającemu wyroby papiernicze, a wcześniejsza umowa z 4.04.2018 r. przewidywała cenę za ryzę papieru białego do drukarek w wysokości 12,55 zł brutto. Pomimo że w Polsce od marca 2020 r. obowiązuje stan epidemii i były zaburzone ciągłości



dostaw surowców i produktów, Odwołujący w marcu 2021 r. złożył ofertę z ceną za ryzę papieru białego do drukarek na poziomie 11,32 zł brutto, czyli istotnie obniżył cenę, co mogło być działaniem przekraczającym granicę opłacalności. W zadaniu nr 2 (artykuły papiernicze i biurowe) Odwołujący zaproponował ceny na tak niskim poziomie, że konieczne było przeprowadzenie postępowania wyjaśniającego pod kątem wystąpienia rażąco niskiej ceny. W wyjaśnieniach Odwołujący oświadczył m.in., że „w kalkulacji oferty zostały ujęte wszystkie koszty realizacji zamówienia oraz gwarantuje jego rzetelne wykonanie”. Wszystkie powyższe okoliczności prowadzą do wniosku, że Odwołujący złożył świadomie ofertę z zaniżonymi cenami w celu uzyskania korzystnego dla niego rozstrzygnięcia – były to ceny niższe nawet w stosunku do cen z 2018 r. W ocenie Zamawiającego cena zaoferowana przez Odwołującego w występujących okolicznościach epidemicznych była na granicy opłacalności i prawdopodobnie nie obejmowała kalkulacji ryzyka gospodarczego związanego z długością obowiązywania umowy i szczególnych warunków, jakie aktualnie panowały na rynku. Brak właściwej wyceny dostarczanych materiałów, skalkulowanych do dwuletniego okresu umowy i aktualnej sytuacji gospodarczej i epidemicznej na świecie jest działaniem lub zaniechaniem, które obciąża wprost Odwołującego. Inne postrzeganie tych okoliczności prowadzić może do wykorzystywania obowiązujących przepisów (wydanych w związku z epidemią SARS-CoV-2) do zachowań niekonkurencyjnych na gruncie zamówień publicznych. Można sobie bowiem wyobrazić, że w postępowaniach przetargowych startować będą podmioty zaniżające ceny w swoich ofertach w celu wyeliminowania z postępowania droższych, rzetelnie skalkulowanych ofert konkurentów, aby za kilka miesięcy powołując się na przepisy „covidowe” domagać się podwyższenia wynagrodzenia do poziomów, jakie oferowali konkurenci lub je przewyższających. Z takim działaniem nie sposób się zgodzić, gdyż sprzeczne jest ono z podstawowymi zasadami uczciwej konkurencji, jakie obowiązują na gruncie prawa zamówień publicznych.

Wniosek Odwołującego z 18.10.2021 r. w trybie ustawy z 2.03.2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych oraz art. 455 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, dotyczący zwiększenia cen jednostkowych i wartości umowy na dostawę papieru do drukarek oraz artykułów papierniczych i biurowych, po jego uzupełnieniu i starannym rozważeniu wszystkich innych okoliczności sprawy, nie mógł być zaakceptowany w zakresie i w wysokości przedstawionej w tym wniosku, a następnie w kolejnych pismach Odwołującego, tj. o podwyższenie wynagrodzenia o 15% (według wniosku z 18.10.2021 r.), a następnie o 35,90% w przypadku zadania nr 2 (pismo z 17.12.2021 r.). Na spotkaniu 21.12.2022 r. Zamawiający przedstawił Odwołującemu swoje stanowisko w kwestii przyczyn odmowy wyrażenia zgody na zmianę cen zaproponowaną we wniosku. Poza okolicznościami wskazanymi w uzasadnieniu z 13.12.2021 r. podkreślono

także, że Odwołujący zaproponował w złożonej ofercie w marcu 2021 r. ceny na wyjątkowo niskim poziomie, co zmusiło Zamawiającego do prowadzenia postępowania wyjaśniającego w zakresie rażąco niskiej ceny w zakresie zadania nr 2. Mimo ówczesnych wyjaśnień i zapewnień o realności tych cen i możliwości właściwego wykonywania zamówienia, wykonawca złożył po 7 miesiącach wnioski o znaczny wzrost cen tych samych artykułów i wstrzymał dostawy do czasu pozytywnego rozpatrzenia wniosku, co utrudnia funkcjonowanie szpitala. Sytuacja ta wzbudziła poważne wątpliwości co do rzetelności składanych wówczas wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny i stanowiła aktualnie – w ocenie Zamawiającego – próbę istotnej zmiany warunków umowy w zakresie cen. Mając na uwadze istniejącą sytuację związaną z epidemią COVID-19 i wynikające z tego skutki w postaci pewnego wzrostu cen na rynku m.in. artykułów papierniczych i biurowych, Zamawiający, po dokładnym przeanalizowaniu wszystkich okoliczności, zaproponował akceptację wzrostu cen jednostkowych o 10% w stosunku do cen umownych, co stanowiło niewątpliwie wyraz zrozumienia istniejącej sytuacji rynkowej, a nade wszystko gotowości partycypowania w zwiększonych kosztach realizacji zamówienia z uwagi na szczególne okoliczności rynkowe (wzrosty cen artykułów związane z COVID-19 i postępującą inflacją). W ocenie Zamawiającego ewentualnie istniejące pozostałe nieprzewidziane wcześniej koszty w tym zakresie powinien przejąć na siebie wykonawca, który, będąc profesjonalnym przedsiębiorcą, powinien przewidzieć przynajmniej częściowo ryzyko związane ze zmianami cen na rynku i uwzględnić to na etapie składania oferty. Zamawiający nie może godzić się na przejście na siebie wszystkich skutków ewentualnego wzrostu cen, gdyż to wykonawca wyznaczył poziom tych cen na etapie składanej oferty i winien teraz ponosić także skutki decyzji w tym zakresie. Domaganie się tak znacznych podwyżek (około 35,9% w przypadku zadania nr 2) oraz wstrzymanie dostaw klóci się z celem zamówień publicznych, które winny być – poza nielicznymi zmianami dopuszczonymi w przepisach prawa – realizowane zgodnie z treścią wybranej oferty.

Na spotkaniu 21.12.2021 r. przedstawiciele Zamawiającego poinformowali Odwołującego, że zamówione artykuły, niedostarczane aktualnie przez Odwołującego, z konieczności zamawiane są u innych dostawców w ramach „wykonania zastępczego” zgodnie z warunkami umowy, a różnicami w cenach nabycia będzie obciążony Odwołujący. Odwołujący zajął stanowisko, że proponowany przez Zamawiającego wzrost cen jednostkowych o 10% jest zdecydowanie za mały i nie daje możliwości pokrycia różnicy kosztów między ceną nabycia artykułów u producentów/dystrybutorów, a następnie ich sprzedaży Zamawiającemu, a tym samym nie umożliwia realizacji zamówienia nawet po kosztach prowadzonej działalności, czyli bez żadnego zysku. W stanowisku z 29.12.2021 r. Odwołujący odmówił realizacji dostaw przy wzroście cen jednostkowych o 10% i uzależnił dostawę artykułów z zadania nr 2 od cen zaproponowanych 25.11.2021 r. (wzrost cen

poszczególnych artykułów w granicach 20% - 50%) oraz z zadania nr 1 po „cenie z dnia zakupu pokrywającej całkowity koszt dostawy”, czyli w istocie według ceny ruchomej zależnej od nieznaney Zamawiającemu czynników. Odmowne stanowisko Odwołującego w kwestii możliwego wzrostu cen o 10% zmusiło Zamawiającego do wyznaczenia Odwołującemu terminu do 14.01.2022 r. do należytego wykonywania umowy z zagrożeniem, iż w razie bezskutecznego upływu tego terminu Zamawiający będzie uprawniony do odstąpienia od umowy i żądania naprawienia szkody wynikłej ze zwłoki. Wobec bezskutecznego upływu wyznaczonego terminu do należytego wykonywania umowy i ciągłego braku realizacji Zamawiający 19.01.2022 r. złożył oświadczenie o odstąpieniu od umowy i nałożył na Odwołującego kary umowne z tytułu nieterminowej dostawy, nienależytego wykonania umowy oraz z tytułu, wykonania zastępczego.

W sytuacji tej nie mamy do czynienia z okolicznością, o której mowa w art. 109 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. możliwością odstąpienia od wykluczenia wykonawcy, gdy byłoby ono w oczywisty sposób nieproporcjonalne. W tym przypadku nie mamy do czynienia z naruszeniem zobowiązania w sposób incydentalny, nieistotny, mało znaczący, niepowtarzający się. Dochodziło tu bowiem do „długotrwałego” nienależytego wykonywania umowy (wstrzymanie dostaw w okresie 29.11.2021 r. – 19.01.2022 r.), co doprowadziło do wcześniejszego rozwiązania tej umowy, wykonania zastępczego oraz zastosowania sankcji w postaci kar umownych.

W ocenie Zamawiającego zaistniały więc wszystkie okoliczności warunkujące wykluczeniem Odwołującego w oparciu o art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych. W nauce prawa wskazuje się, że ta podstawa wykluczenia jest niezależna od tego, czy niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania wynikającego z wcześniejszej umowy jest zawinione przez wykonawcę, ale zawinienie wykonawcy oraz jego stopień może mieć wpływ na ocenę zaistnienia przesłanki znaczącego naruszenia zobowiązania. Według ustawodawcy europejskiego poważnym brakiem w odniesieniu do spełnienia istotnych wymogów w ramach wcześniejszego zamówienia jest niewłaściwe zachowanie poddające w poważną wątpliwość wiarygodność wykonawcy (motyw 101 preambuły dyrektywy klasycznej). Odwołujący nienależycie wykonał/ długotrwanie nienależycie wykonywał zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego, nienależycie wykonane/ długotrwanie nienależycie wykonywane zobowiązanie doprowadziło do odstąpienia od umowy i wykonania zastępczego. Odwołujący w ogóle nie odniósł się do ewentualnej procedury samooczyszczenia (*self-cleaning*) oraz podjęcia działań naprawczych i zapobiegawczych określonych w art. 110 ust. 2 pkt 1-3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

### III Stanowisko Izby

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, opisanych w art. 528 ustawy Prawo zamówień publicznych, a Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Przepis art. 505 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że środki ochrony prawnej 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 (ustawy Prawo zamówień publicznych).

Izba ustaliła również, iż stan faktyczny niniejszego postępowania oraz okoliczności związane realizacją i rozwiązaniem umowy z 15 kwietnia 2021 r. nr W.Sz.Z:TZ-280-3-I/21 nie są sporne między Stronami.

Po zapoznaniu się z przedmiotem sporu oraz argumentacją Stron, w oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania przedstawionej przez Zamawiającego, złożonych pism Stron i stanowisk przedstawionych podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez bezzasadne przyjęcie, iż zaistniała przesłanka tam określona, co skutkowało wykluczeniem go z postępowania na podstawie art. 110 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, podczas gdy w stosunku do Odwołującego brak było podstaw do jego wykluczenia.

Art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który, z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji, co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady. Zgodnie z art. 110 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych wykonawca może zostać wykluczony przez zamawiającego na każdym etapie postępowania o udzielenie zamówienia.

W ocenie Izby, z ustalonego stanu faktycznego wynika, że Odwołujący w znacznym stopniu/zakresie nie wykonał istotnego zobowiązania wynikającego z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego zawartej z Zamawiającym (umowy nr W.Sz.Z:TZ-280-3-I/21 z 15 kwietnia 2021 r.), co doprowadziło do odstąpienia od umowy przez Zamawiającego oraz wykonania zastępczego, które to okoliczności nie były sporne między Stronami.

Izba nie odnosi się tu do kwestii, na ile proponowane przez Odwołującego zmiany umowy z 15 kwietnia 2021 r. były zgodne z postanowieniami § 6 tej umowy, jak też, czy i na ile Zamawiający powinien był zgodzić się na proponowane zmiany umowy, ponieważ nie ta kwestia stanowi przedmiot sporu w niniejszej sprawie. Podobnie Izba nie rozważa, czy proponowane przez Odwołującego ceny już w chwili składania ofert były zbyt niskie w stosunku do realnych kosztów wykonania zamówienia, gdyż Zamawiający, pomimo przeprowadzonych wyjaśnień w tym kierunku, finalnie nie odrzucił oferty Odwołującego z powodu zaoferowania rażąco niskiej ceny, zatem ocenił, że cena ta nie jest rażąco niska. Izba uznała tu także za przekonujące wyjaśnienia Odwołującego złożone podczas rozprawy, że składając ofertę w kwietniu 2021 r. odnosił się do cen produktów aktualnie (w tamtym czasie) proponowanych przez producentów i dystrybutorów oraz ujął w cenie ryzyko wzrostu tych cen do 15%.

Jedyną więc przesłanką, którą należy rozważyć, jest, czy powyższe rozwiązanie umowy nastąpiło „z przyczyn leżących po stronie wykonawcy”. Przesłanka ta rzeczywiście nie jest równoznaczna przesłance winy wykonawcy, bowiem obejmuje nie tylko zawinienie wykonawcy, ale także inne, niezawinione, okoliczności występujące po jego stronie, więc od niej szerszą. Nadal jednak muszą one odnosić się do wykonawcy.

W niniejszym stanie faktycznym, zdaniem Izby, przyczyn niewykonania umowy nie można określić jako „leżących po stronie wykonawcy” (Odwołującego), lecz jako przyczyny mieszane, związane nie tyle z samym wykonawcą (Odwołującym), ale głównie z warunkami zewnętrznymi i od niego niezależnymi, tj. wysokim i nieprzewidzianym wzrostem cen dostarczanych artykułów ponad poziom, który przewiduje się w normalnych stosunkach gospodarczych i który nie był zakładany na początku i przez większość roku 2021. Odbiegał też znacząco od sytuacji gospodarczej w Polsce, Europie i na świecie w ciągu ostatnich kilku czy kilkunastu lat. Dlatego, w ocenie Izby, zaistniałych okoliczności dotyczących bardzo dużego wzrostu cen na rynku, które spowodowały niemożność podźwignięcia przez Odwołującego skutków ekonomicznych pokrycia różnicy pomiędzy cenami umownymi a realnymi cenami zakupu przez niego produktów, które miały być dostarczone Zamawiającemu, czyli prowadzenia działalności ze stratą, nie można uznać za wchodzące w zakres „przyczyn leżących po stronie tego wykonawcy”. Izba wzięła też pod uwagę zachowanie Odwołującego zmierzające do realizacji umowy, nawet jeśli na zmienionych warunkach oraz długotrwałe próby negocjacji z Zamawiającym – nawet jeśli propozycje te nie zostały przyjęte przez Zamawiającego, jak też Strony nie doszły do porozumienia co do zmiany umowy lub alternatywnych sposobów jej realizacji.

Tym samym, w ocenie Izby, nie zostały w pełni ziszczone przesłanki opisane w przepisie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych i tym samym nie zachodzi podstawa

do wykluczenia Odwołującego z postępowania w oparciu o art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych oraz § 2 ust. 1 pkt 1, § 5, § 7 ust. 1 pkt 1 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).

Zgodnie z dyspozycją art. 557 ustawy Prawo zamówień publicznych w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Zgodnie z art. 575 ustawy Prawo zamówień publicznych strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.

Z § 2 ust. 1 pkt 1 ww. rozporządzenia wynika, że wysokość wpisu wnoszonego w postępowaniu o udzielenie zamówienia na dostawy i usługi o wartości nie przekraczającej progów unijnych, o których mowa w art. 3 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, wynosi 7.500 złotych.

Zgodnie z § 5 rozporządzenia do kosztów postępowania odwoławczego, zalicza się wpis oraz uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego w wysokości określonej na podstawie rachunków lub spisu kosztów, złożonych do akt sprawy, obejmujące m.in. koszty związane z dojazdem na wyznaczone posiedzenie lub rozprawę i wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika, nieprzekraczające łącznie kwoty 3.600 złotych.

Z kolei § 7 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia stanowi, że w przypadku uwzględnienia odwołania przez Izbę w całości, koszty ponosi zamawiający; a Izba zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego równowartość kwoty wpisu oraz koszty, o których mowa w § 5 pkt 2.

Odwołujący nie wniósł o zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania odwoławczego, o których mowa w § 5 rozporządzenia, Izba uwzględniła zatem należyne wpisy w wysokości 7.500 złotych.

**Przewodniczący:** .....