

Sygn. akt: KIO 519/23

POSTANOWIENIE
z dnia 13 marca 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Rams

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym, bez udziału stron, w dniu 13 marca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 lutego 2023 r. przez wykonawcę **Urtica Sp. z o.o., z siedzibą we Wrocławiu,**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – **Wojewódzki Szpital Specjalistyczny w Olsztynie,**

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze;
2. nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy **Urtica Sp. z o.o., z siedzibą we Wrocławiu** kwoty **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) tytułem zwrotu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj.: 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:

Uzasadnienie

Zamawiający – Wojewódzki Szpital Specjalistyczny w Olsztynie - dalej jako „Zamawiający” - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę produktów leczniczych – programy lekowe, dalej „Postępowanie”.

W dniu 27 lutego 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Urtica Sp. z o.o., z siedzibą we Wrocławiu (dalej jako „Odwołujący”) zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 439 ust. 1 i 2 pkt 1 PZP w zw. z art. 353¹ k.c. w zw. z art. 58 § 1 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 PZP poprzez ustalenie klauzuli waloryzacyjnej w 15 wzorca 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 naturą stosunku zobowiązaniowego, polegające na:
 - a) określeniu poziomu zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, uprawniającego wykonawcę do żądania zmiany wynagrodzenia jako minimum 18% wzrostu wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych, publikowanego przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego, mierzonego w cyklu miesięcznym i odpowiadającemu temu samemu miesiącowi w roku poprzednim, za ostatni miesiąc 6 miesięcznego okresu obowiązywania umowy, co skutkuje jedynie pozornym i iluzorycznym wypełnieniem przez Zamawiającego wymogów z art. 439 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 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 mało prawdopodobną, które to działanie prowadzi wyłącznie do obejścia przepisu art. 439 ust. 1 PZP;
 - b) określeniu sposobu ustalenia zmiany wynagrodzenia oraz sposobu określenia wpływu zmiany ceny materiałów lub kosztów na koszt wykonania zamówienia jako zmianę odpowiadającą 1/10 części wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych, publikowanego przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego, mierzonego w cyklu miesięcznym, i odpowiadającego temu samemu miesiącowi w roku poprzednim,

za ostatni miesiąc 6 miesięcznego okresu obowiązywania umowy, co skutkuje jedynie pozornym i iluzorycznym wypełnieniem przez Zamawiającego wymogów z art. 439 ust. 1, ust. 2 pkt 2 lit. a i 3 PZP, podczas gdy możliwość wyłącznie tak nieznacznej zmiany należnego wykonawcy wynagrodzenia w żaden sposób nie prowadzi do rozłożenia ryzyka wzrostu cen pomiędzy strony umowy oraz nie zapewnia równowagi stron stosunku prawnego;

c) określeniu maksymalnej wartości zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia na poziomie 2% pierwotnego wynagrodzenia wykonawcy brutto, co skutkuje jedynie pozornym i iluzorycznym wypełnieniem przez Zamawiającego wymogów z art. 439 ust. 1 i ust. 2 pkt 4 PZP, podczas gdy określenie maksymalnej wartości zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia na poziomie 2% w żaden sposób nie odzwierciedla faktycznych zmian ceny (obecnych i prognozowanych) materiałów i kosztów związanych z realizacją zamówienia oraz poziomu inflacji, przy planowanym okresie realizacji zamówienia, przy czym Odwołujący jest świadomy, że klauzule waloryzacyjne nie mają zapewnić, ażeby całość ryzyka wynikającego z tychże zmian spoczywać miała na Zamawiającym, jednakże konieczne jest faktyczne umożliwienie zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, nie zaś jedynie formalne wypełnienie przez Zamawiającego wymogów ustawowych, które prowadzi wyłącznie do obejścia przepisu art. 439 ust. 1 PZP;

2) art. 99 ust. 1 PZP poprzez opisanie przedmiotu zamówienia, w zakresie 15 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 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 3 PZP oraz maksymalnej wartości zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza Zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia, o których mowa w art. 439 ust. 2 pkt 4 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; 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 §15 wzoru umowy w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, polegający na sformułowaniu klauzuli waloryzacyjnej, o której mowa w art. 439 ust. 1 i 2 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; a zatem w/w postanowienia wzoru umowy uniemożliwiają wykonawcy prawidłową kalkulację ceny i tym samym utrudniają sporządzenie oferty, mogą utrudniać uczciwą konkurencję, a po zawarciu umowy - dotknięte będą sankcją nieważności.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmiany postanowień SWZ w zakresie wzoru umowy (załącznika nr 3 do SWZ) poprzez zmianę §15 w taki sposób, aby:

- a) w miejsce 18% jako minimalnego wzrostu miesięcznego wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych w stosunku do analogicznego miesiąca poprzedniego roku kalendarzowego, za ostatni miesiąc 6 miesięcznego okresu obowiązywania umowy, jako poziomu zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia uprawniającego strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia, został wprowadzony poziom 5%;
- b) w miejsce 1/10 wzrostu wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych, jako poziomu zmiany wynagrodzenia, został wprowadzony poziom 1/2;
- c) w miejsce 2% pierwotnego wynagrodzenia wykonawcy brutto, jako maksymalnej wartości zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza Zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia został wprowadzony poziom 15%;

Izba ustaliła, że do postępowanie odwoławczego po stronie Zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca.

Izba ustaliła, iż w dniu 9 marca 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło pismo Zamawiającego zawierające oświadczeniu o uwzględnieniu odwołania wraz z wnioskiem o umorzenie postępowania.

Wobec oświadczenia Zamawiającego o uwzględnieniu odwołania Izba stwierdziła, że zachodzą przesłanki umożliwiające umorzenie postępowania odwoławczego i, zgodnie z przepisem art. 522 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do treści art. 575 ustawy Pzp w zw. z § 9 ust. 1 pkt 2 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437), nakazując zwrot odwołującemu kwoty uiszczonej tytułem wpisu.

Przewodniczący: