

Sygn. akt: KIO 2522/12

WYROK
z dnia 23 listopada 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Członkowie: Anna Packo

Małgorzata Rakowska

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 listopada 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 listopada 2012 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **PGF URTICA Sp. z o.o., Polska Grupa Farmaceutyczna-Hurt Sp. z o.o., 54 – 613 Wrocław, ul. Krzemieniecka 120** w postępowaniu prowadzonym przez **Szpital im. Stanisława Leszczyńskiego, 40 – 074 Katowice, ul. Raciborska 26**

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **PGF URTICA Sp. z o.o., Polska Grupa Farmaceutyczna-Hurt Sp. z o.o., 54 – 613 Wrocław, ul. Krzemieniecka 120**, i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

I. Szpital im. Stanisława Leszczyńskiego w Katowicach (zwany dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. zakup i dostarczanie produktów leczniczych.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym WE nr 116 poz 191827 - PL ogłoszenie z dnia 20 czerwca 2012 r. i Zamawiający zamieścił specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) na swojej stronie internetowej. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. – Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759; dalej: Prawo zamówień publicznych).

W dniu 15 listopada 2012 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia PGF Urtica Sp. z o.o. oraz Polska Grupa Farmaceutyczna - Hurt Sp. z o.o. (dalej: Odwołujący) wnieśli odwołanie, w którym zakwestionowali prawidłowość wykluczenia ich z postępowania w częściach 5, 6, 7, 22, 36, 41, 42, 43, 44, 45, 58, 62, 64, 81, 88, 91, 123, 136, 152, 153, 156, 164, 169, 174, 180, 185 (postępowanie prowadzone jest dla 196 części, które Zamawiający nazywa również pakietami) na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1a Prawa zamówień publicznych. Odwołujący zarzucał Zamawiającemu:

- I. naruszenie art. 24 ust 1 pkt 1a Prawa zamówień publicznych poprzez jego oczywiste niewłaściwe zastosowanie** jako podstawy wykluczenia Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia, podczas gdy w zaistniałym stanie faktycznym **nie wystąpiły przesłanki zastosowania tego przepisu:**
 - a) Zamawiający nie rozwiązał skutecznie umowy w sprawie zamówienia publicznego (nr 91/28/03/12) łączącej go z Odwołującym, gdyż nie złożył w tym zakresie oświadczenia woli;
 - b) Zamawiający wyznaczył 7 dniowy termin, po którego upływie umowa nr 91/28/03/12 miałyby ulec rozwiązaniu, a następnie po upływie 1 dnia wystąpił do Odwołującego z informacją (nie stanowiącą oświadczenia woli), iż umowa uległa rozwiązaniu, Zamawiający naruszył zatem wyznaczony przez siebie termin rozwiązania umowy, co świadczy o bezskuteczności rozwiązania;
 - c) Nawet gdyby przyjąć, iż umowa nr 91/28/03/12 uległa skutecznie rozwiązaniu, należy wskazać, iż nie został zachowany termin 3 lat przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, gdyż rozwiązanie umowy przetargowej nastąpiło

w toku postępowania po wyborze oferty i przed podpisaniem umowy, a zatem już po jego wszczęciu:

- d) Zamówienie zostało w całości zrealizowane, a zatem nie zachodzi przesłanka niezrealizowania zamówienia w zakresie co najmniej 5% wartości zamówienia;
 - e) Zaistniały stan faktyczny wskazuje, iż Zamawiający w toku postępowania o udzielenie zamówienia przetargowego, w momencie, gdy dokonał już wyboru najkorzystniejszych ofert, zdaniem Odwołującego w sposób świadomy i celowy tworzył dowody na potrzeby wykluczenia Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a następnie stawiając się w roli sędziego samodzielnie dokonał ich oceny. Jest to działanie sprzeczne zarówno z treścią tego przepisu, jak i z jego *ratio legis* oraz z zasadami ogólnymi;
 - f) Odwołujący podnosił, iż umowa przetargowa nr 91/28/03/12, której rzekome rozwiązanie stanęło u podstaw wadliwego wykluczenia Odwołującego z przetargu łączyła zamawiającego z firmą PGF Urtica Sp. z o.o., zaś wykonawcą (a obecnie Odwołującym) jest Konsorcjum PGF Urtica Sp. z o.o. oraz Polska Grupa Farmaceutyczna - Hurt Sp. z o.o.
- II.** naruszenie art. 24 ust. 3 PZP, poprzez niezawiadomienie Odwołującego o dokonaniu czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia;
- III.** naruszenie art. 92 ust 1 pkt 3 Prawa zamówień publicznych, poprzez brak udzielenia rzetelnego uzasadnienia faktycznego czynności wykluczenia Odwołującego w zbiorczym zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszych ofert, skierowanym do wszystkich wykonawców.

Odwołujący wnosił o:

- I. **nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia, unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, unieważnienia czynności wyboru ofert najkorzystniejszych** (wybranych na skutek wykluczenia Odwołującego, tj. ofert nr: 3, 6, 13, 14, 15, 17, 18, 19) **oraz nakazanie Zamawiającemu przywrócenia wyniku przetargu z dnia 2 października 2012 r. (wraz z późniejszymi zmianami) w postępowaniu przetargowym nr Szp.Leszcz./PN/32/2012, zawierającego wygraną ofertę Odwołującego** w zakresie pakietów nr: 5, 6, 7, 22, 36, 41, 42, 43, 44, 45, 58, 62, 64, 81, 88, 91, 123, 136, 152, 153, 156, 164, 169, 174, 180, 185;
- II. **dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów:**
 - 1. z dokumentów wymienionych w uzasadnieniu na okoliczności wskazane w treści

pisma;

2. z zeznań świadków:

a) Barbary Noworzyn (wezwanie na adres Odwołującego) na okoliczność pełnej realizacji umowy przetargowej przez Odwołującego;

III. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania

odwoławczego, w tym kosztów poniesionych przez stronę odwołującą, według przedłożonego zestawienia oraz kosztów zastępstwa procesowego w wysokości 3.600,00 zł i opłaty skarbowej od pełnomocnictwa w wysokości 34 zł.

Na rozprawie, w odpowiedzi na pytanie Izby o uzasadnienie faktyczne zarzutu naruszenia art. 24 ust. 3 Prawa zamówień publicznych wyjaśnił, że oczekiwał od Zamawiającego osobnego, indywidualnego pisma zawierającego opis podstaw faktycznych wykluczenia, ponieważ w informacji o wyniku postępowania z 5 listopada 2012 r, uzasadnienie wykluczenia było lakoniczne. Odnośnie zarzutów związanych z podstawą faktyczną odrzucenia ponad argumentację odwołania dodał, że Zamawiający w tym samym dniu składał zamówienie na leki i wystąpił do niego z pismem wzywającym do korekty faktur. W odpowiedzi na pytanie Izby, czy nadal dostarcza leki oświadcza, że obecnie nie jest mu to wiadome i na tą okoliczność chciał powołać świadka, natomiast z jego wiedzy wynika, że na dzień składania odwołania były realizowane wcześniejsze zamówienia. Podkreślał, że Zamawiający działa celowo i sankcyjnie, ponieważ w innych postępowaniach też wyklucza wykonawcę chcąc wymusić korektę faktur. Faktycznie cena niektórych leków z grupy cytostatyków wzrosła w związku z decyzją Ministra Zdrowia wynikającą z obwieszczenia co spowodowało wzrost ceny kilku tysięcy złotych na opakowaniu, natomiast obecnie ta decyzja została zmieniona od 1 listopada 2012 r.

W konsekwencji niezależnej od niego zmiany ceny leku dostarczanego Zamawiającemu domagał się od niego zapłaty aktualnie obowiązującej ceny leku, a nie takiej, jaka wynikała z umowy, i faktury wystawiał zgodnie z aktualną ceną

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w odwołaniu i na rozprawie wnosił o jego oddalenie. Podnosił, że w umowie nr 91/28/03/12 z 22 marca.2012 r. wykonawca zagwarantował niezmiennosc ceny brutto i zagwarantował stałą dostępność asortymentu leków. Tymczasem na niektóre leki zaczął wystawiać faktury o 1/3 wyższe, niż przewidywała umowa. W ocenie Zamawiającego wykonawca powinien był raczej skorzystać z instrumentów prawnych, np. złożyć pozew o ustalenie, tymczasem zaczął wystawiać faktury na ceny niezgodne z umową. Zgodnie z § 12 ust. 2 umowy, w przypadku dostarczenia faktury VAT niezgodnej z treścią umowy wykonawca zobowiązany jest do

dostarczenia faktury VAT korygującej w nieprzekraczalnym terminie 7 dni. Nie jest prawdą, że okoliczności związane z rozwiązaniem umowy nastąpiły dopiero pod koniec października. Złożył do akt pismo z 10 sierpnia 2012 r., 28 sierpnia 2012 r. i 15 października 2012 r., w których wzywał do korekty faktur, a następnie pismo z 18 października 2012 r. w którym w trybie art. 12 ust. 2 umowy wzywał do dostarczenia faktur VAT zgodnych z umową w terminie 7 dni od dnia wezwania wskazując, że niezastosowanie się wykonawcy do wezwania będzie podstawą do rozwiązania umowy bez zachowania wypowiedzenia z winy wykonawcy i nastąpi przepadek zabezpieczenia wykonania umowy w związku z nienależytym wykonaniem zamówienia – zgodnie z § 14 ust. 1c umowy. Wskazywał, że w związku z tymże pismem umowa uległa rozwiązaniu i w konsekwencji 26 października 2012 r. złożył informację, że umowa uległa rozwiązaniu. Złożył do akt kopie powołanych wyżej pism oraz potwierdzenie odbioru przez wykonawcę informacji z 26 października 2012 r. W związku z tym, że oświadczenie musiało dojść do adresata, a dotarło 27 października 2012 r. przyjmuje, że umowa uległa rozwiązaniu na dzień 30.10.2012 r. Podnosił, że wykonawca uporczywie dążył do podwyższenia cen za niektóre leki, mimo zagwarantowania w umowie cen stałych i złożył nawet Zamawiającemu plik aneksów do umowy. Słuszność postępowania Zamawiającego i jego trwanie przy cenach wynikających z umowy potwierdziły zresztą późniejsze czynności wykonawcy, ponieważ ostatecznie uznał on zasadność wezwania do korekty faktur i złożył korektę części faktur tj. do wszystkich faktur z wyjątkiem leku o nazwie SUTENT. Na dowód powyższego Zamawiający składa pismo z 7 listopada 2012 r. przy którym przesłano faktury korygujące na niektóre leki. Niezależnie od powyższego wskazywał, że okoliczność, że lek jest refundowany nie zmienia sytuacji Zamawiającego i konieczności zapłaty wyższej ceny. Składa do akt pismo PGF UTRICA z 8 listopada 2012 r., w którym wskazuje on, że pewność cen istnieje tylko w okresie 2 miesięcznym i nie ma wpływu na decyzje Ministra Zdrowia. Zamawiający zauważał, że Minister Zdrowia ustala ceny maksymalne, a w ich obrębie wykonawcy powinni zapewnić stałą cenę zamawiającemu, tymczasem z przywołanego pisma wynika, że wykonawca przyznaje, że takiej stałości ceny nie może zapewnić. Co do wielkości procentowej niezrealizowanej umowy to wskazuje, że jest to 6,25%, ewentualnie skorygowana o 0,5% w związku z korektą faktur. Na dowód powyższego składa do akt zestawienie faktur wykonawcy ze stanem na dzień rozwiązania umowy tj. 30 października 2012 r. (sporządziła główna księgowa) oraz zestawienie różnicy między wartością umowy, a cenami narzuconymi przez wykonawcę (sporządziła kierownik apteki). W odpowiedzi na pytanie Przewodniczącej, jak Zamawiający obliczył wartość 6,25%, opisaną w zestawieniu jako wartość procentowa nienależytego wykonania umowy w stosunku do wartości brutto umowy, Zamawiający oświadczył, że z jego wiedzy wynika, że jest to różnica pomiędzy ceną wynikającą z umowy

a ceną wynikającą z wystawionych przez wykonawcę faktur i na dzień 30 października 2012 r. wynosiła ona 788.524,24 zł.

Do postępowania odwoławczego nikt nie przystąpił.

II. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, bowiem ma interes w uzyskaniu danego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego Prawa zamówień publicznych - jeżeli podniesione przez niego zarzuty by się potwierdziły, w wyniku czego zostałyby dokonana powtórna ocena ofert i Odwołujący nie zostałby wykluczony z postępowania – wówczas Odwołujący miałby realną szansę na uzyskanie zamówienia w częściach 5, 6, 7, 22, 36, 41, 42, 43, 44, 45, 58, 62, 64, 81, 88, 91, 123, 136, 152, 153, 156, 164, 169, 174, 180, 185 postępowania.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje: odwołanie nie może zostać uwzględnione.

Oceniając tak ustalony stan faktyczny, Izba stwierdziła, że nie doszło do nieprawidłowego wykluczenia Odwołującego z postępowania. Rzeczywiście uzasadnienie wykluczenia, zawarte w piśmie z dnia 5 listopada br. było dość lakoniczne (bowiem zasadniczo odzwierciedlało jedynie treść przepisu art. 24 ust. 1 pkt 1a Prawa zamówień publicznych, a nie zawierało stosownego uzasadnienia faktycznego) i Zamawiający naruszył art. 92 ust 1 pkt 3 Prawa zamówień publicznych nie podając uzasadnienia faktycznego, tj. opisu okoliczności, będących podstawą wykluczenia. Jednak powyższe naruszenie nie jest takiego rodzaju, aby miało wpływ na wynik postępowania, skoro decyzja o wykluczeniu została podjęta w ocenie Izby prawidłowo i była oczywista dla Odwołującego przynajmniej na tyle, aby podjąć z nią polemikę w odwołaniu. Zamawiający nie naruszył art. 24 ust. 3 Prawa zamówień publicznych przez zaniechanie sformułowania, oprócz zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej, odrębnego pisma o podstawach wykluczenia – wbrew oczekiwaniom Odwołującego, w ocenie Izby Zamawiający nie jest zobowiązany do kierowania do wykluczonego wykonawcy odrębnego pisma opisującego podstawy faktyczne i prawne wykluczenia – wystarczają informacje podane w zawiadomieniu o wyborze oferty

najkorzystniejszej (o ile rzecz jasna są one pełne i wyczerpują wszystkie elementy opisane w art. 92 ust. 1 Prawa zamówień publicznych). Reasumując, Zamawiający rzeczywiście nie opisał wyczerpująco faktycznych podstaw wykluczenia, natomiast nie miało to wpływu na wynik postępowania.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 1a Prawa zamówień publicznych Izba ustaliła, co następuje:

1. W dniu 22 marca 2012 r. zawarto pomiędzy Zamawiającym a PGF URTICA Sp. z o.o. (tj. jednym z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, którzy złożyli rozpatrywane odwołanie) umowę nr 91/28/03/12 na dostawę leków. Do umowy załączono wykaz leków wraz z ich opisem, ilością opakowań i ceną za każdy lek. Wartość wszystkich leków określono na 12 625 815,38 zł. Umowa została zawarta na okres 12 miesięcy, jednak nie dłużej, niż do czasu wyczerpania wartości umowy (§ 2 umowy, a dostawy leków miały być realizowane na podstawie sukcesywnych zamówień (§ 4 umowy).
2. Wykonawca zagwarantował niezmienność cen brutto (§ 11 ust. 3 umowy) i zagwarantował stałą dostępność asortymentu leków (§ 9 ust. 1 umowy). Tymczasem na niektóre leki zaczął wystawiać faktury o 1/3 wyższe, niż przewidywała umowa.
3. Zgodnie z § 12 ust. 2 umowy, w przypadku dostarczenia przez wykonawcę faktury VAT niezgodnej z treścią umowy m.in. co do ceny, wykonawca zobowiązany jest do dostarczenia faktury VAT korygującej w nieprzekraczalnym terminie 7 dni licząc od dnia wezwania.
4. Zamawiający wzywał kilkakrotnie do korekty faktur VAT (pismo z 10 sierpnia 2012 r., 28 sierpnia 2012 r. i 15 października 2012 r. (w aktach sprawy, odpisy złożone przez Zamawiającego na rozprawie), a następnie wystosował do wykonawcy pismo z dnia 18 października 2012 r. (również złożone na rozprawie), w którym w trybie § 12 ust. 2 umowy wzywał do dostarczenia faktur VAT zgodnych z umową w terminie 7 dni od dnia wezwania wskazując, że niezastosowanie się wykonawcy do wezwania będzie podstawą do rozwiązania umowy bez zachowania wypowiedzenia z winy wykonawcy i nastąpi przepadek zabezpieczenia wykonania umowy w związku z nienależytym wykonaniem zamówienia – zgodnie z § 14 ust. 1c umowy.
5. Według oświadczenia Zamawiającego, któremu Odwołujący na rozprawie nie zaprzeczył, ostatecznie wykonawca uznał zasadność wezwania do korekty faktur i złożył korektę części faktur tj. do wszystkich faktur z wyjątkiem leku o nazwie SUTENT. Na dowód

powyższego Zamawiający złożył do akt pismo z 7 listopada 2012 r. przy którym przesłano faktury korygujące na niektóre leki.

6. Zamawiający podnosił, że okoliczność, że lek jest refundowany nie zmienia sytuacji Zamawiającego i konieczności zapłaty wyższej ceny. Złożył do akt pismo PGF UTRICA z 8 listopada 2012 r., w którym wykonawca wskazuje, że pewność cen leków istnieje tylko w okresie dwumiesięcznym, a wykonawca nie ma wpływu na decyzje Ministra Zdrowia. Zamawiający twierdził, że Minister Zdrowia ustala ceny maksymalne, a w ich obrębie wykonawcy powinni zapewnić stałą cenę zamawiającemu, tymczasem z powyższego pisma wynika, że wykonawca przyznaje, że takiej stałości ceny nie może zapewnić.
7. Zamawiający złożył do akt zestawienie faktur wykonawcy ze stanem na dzień rozwiązania umowy tj. 30 października 2012 r. (sporządziła główna księgowa). Wynika z niego, że na dzień 30 października 2012 r. wartość wykonania umowy wynosiła 4 733 657,26 zł, co stanowi 37,49% wartości umowy brutto (tj. kwoty 12 625 815,38 zł).
8. Umowa dopuszczała zmianę ceny leku – przez zawarcie aneksu do umowy, m.in. w przypadkach zmiany zasad finansowania przez NFZ lub zmiany ceny urzędowej leków. Aneksy takie nie zostały podpisane. Wykonawca przesłał Zamawiającemu projekty aneksów, mających obowiązywać od 1 lipca 2012 r., przy piśmie datowanym 17 września br., a doręczonym Zamawiającemu w dniu 8 października 2012 r. Zamawiający zwrócił aneksy przy piśmie z dnia 18 października 2012 r. (odpis złożył do akt).
9. Nie było sporne, że zamówienia, które zostały skierowane do wykonawcy zostały zrealizowane w całości pod względem kompletności dostaw leków, dlatego Izba stwierdziła, że przeprowadzenie dowodu z przesłuchania świadka na także okoliczność nie jest potrzebna do rozstrzygnięcia i oddaliła wniosek dowodowy Odwołującego w tym zakresie.

Na podstawie powyższych ustaleń Izba uznała, że Odwołujący został zasadnie wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1a Prawa zamówień publicznych. Nie ma znaczenia dla skuteczności wykluczenia, że przyczyną wykluczenia było rozwiązanie umowy z jednym z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, a nie z oboma wykonawcami. Gdyby zaakceptować pogląd Odwołującego, to na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1a Prawa zamówień publicznych można byłoby wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia wykluczyć jedynie wówczas, kiedy z tymi samymi wykonawcami rozwiązano umowę. Tymczasem brak przesłanek negatywnych, będących

podstawą do wykluczenia, a opisanych w art. 24 ust. 1 Prawa zamówień publicznych musi wykazać każdy z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Odnośnie terminu rozwiązania umowy – zdaniem Odwołującego, rozwiązanie umowy będące podstawą wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 1 a Prawa zamówień publicznych może nastąpić jedynie w pomiędzy trzema latami wstecz przed wszczęciem postępowania, a jego wszczęciem. Rzeczywiście, przyjęto powszechnie, że przesłanki wykluczenia powinny być interpretowane na korzyść wykonawcy, ponieważ są dla niego sankcyjne, jednak taka interpretacja przeczyłaby w ocenie Izby ratio legis omawianego przepisu, przez wprowadzenie którego ustawodawca dążył do eliminacji nierzetelnych wykonawców z postępowania. Zatem uznać trzeba, że zamiarem ustawodawcy w art. 24 ust. 1 pkt 1 a Prawa zamówień publicznych było określenie początkowego terminu, w którym może nastąpić rozwiązanie będące podstawą wykluczenia – a termin końcowy, w którym to rozwiązanie może nastąpić, nie został w przepisie określony, zatem stać się to może aż do momentu podpisania umowy (tak jak do tego momentu mogą zaistnieć inne spośród przesłanek negatywnych - np. ogłoszenie upadłości wykonawcy – może mieć miejsce już po otwarciu ofert czy nawet po wyborze oferty najkorzystniejszej).

W analogicznym stanie faktycznym (do rozwiązania umowy z wykonawcą doszło po wszczęciu postępowania i wykonawca ten został przez zamawiającego wykluczony na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1a Prawa zamówień publicznych) Izba przeprowadziła następujący wywód: „Rzeczywiście ustawodawca kolejny raz w kolejnym z przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych użył niefortunnego i budzącego już wcześniej wątpliwości określenia „w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania”, które może powodować niepewność, jak traktować przedział czasu między wszczęciem postępowania a dniem składania ofert/wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu czy zawarcia umowy; także wobec brzmienia art. 26 ust. 2a ustawy Prawo zamówień publicznych.

Należy bowiem przypomnieć, że takie wątpliwości były już podnoszone na gruncie kolejnych brzmień art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych i § 1 ust. 2 pkt 1 i 2 rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane.

Pomimo pewnych rozbieżności orzeczniczych w tym zakresie logiczne jest, iż owo określenie czasu powinno się traktować jako cezurę – punkt graniczny początku okresu 3-letniego liczonego wstecz (tj. zdarzenia, które nastąpiło nie wcześniej w czasie niż 3 lata przed wszczęciem postępowania), ale nie wykluczającego okresu na przyszłość (tj. pomiędzy wszczęciem postępowania a dniem składania ofert/wniosków lub zawarciem umowy).

Uzasadniane to było tym, że doświadczenie zdobyte przez wykonawcę w tym okresie nie jest gorsze niż zdobyte wcześniej (a nawet „lepsze”, gdyż bardziej aktualne), a wyrządzona szkoda nie jest mniej znacząca.

Należy też wskazać, że ustawa Prawo zamówień publicznych nie określa chwili „na którą” zamawiający ma obowiązek wykluczyć wykonawcę z postępowania. Owszem, w orzecznictwie i piśmiennictwie wskazuje się, że spełnianie warunków udziału w postępowaniu bada się na dzień składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu – i tak najczęściej się dzieje, jednak jest to tylko ogólna i uproszczona zasada, od której mogą nastąpić odstępstwa. Poza tym analizując przyczyny wykluczenia opisane w art. 24 ustawy Prawo zamówień publicznych można zauważyć, że niektóre mogą wystąpić dopiero po złożeniu ofert czy wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Z kolei biorąc pod uwagę sformułowania „o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy” czy „z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się” oraz rozważając, w którym momencie następuje udzielenie zamówienia czy kończy się postępowanie o udzielenie tego zamówienia – w obu przypadkach jest to zawarcie umowy (por. uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 17 grudnia 2010 r., sygn. akt. III CZP 103/10, zgodnie z którą treść ustawy nie pozostawia wątpliwości, że postępowanie kończy się z chwilą zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, z którym to poglądem Izba w pełnej rozciągłości się zgadza), można stwierdzić, że wykluczenie wykonawcy z postępowania może nastąpić w każdym momencie do zakończenia postępowania, czyli do chwili zawarcia umowy.

Owszem, zgodnie z art. 26 ust. 2a ustawy Prawo zamówień publicznych wykonawca zobowiązany jest wykazać nie później niż na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub składania ofert spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 i brak podstaw do wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, jednak jest to tylko określenie obowiązku wykonawców w tym zakresie, głównie w postaci przedstawienia odpowiednich dokumentów. Należy jednak zauważyć, że jest to tylko pewien etap rozpoczynający czynność badania spełnienia warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw do wykluczenia wykonawcy.

Jednak ustawa Prawo zamówień publicznych, jak już wskazano powyżej, nie określa podobnie okresu dla zamawiającego i nie wprowadza zakazu weryfikacji wykonawców na późniejszym etapie postępowania, a zamawiający w sytuacji wystąpienia okoliczności, które miałyby wpływ na dokonaną ocenę, nie powinien ich pominąć – stałoby to bowiem w zupełnej sprzeczności z celem wprowadzenia art. 22 ust. 1 i art. 24 ustawy Prawo zamówień publicznych, które niewątpliwie mają dawać zamawiającemu co najmniej minimum

gwarancji, że zamówienie będzie powierzone wykonawcy, który będzie w stanie je wykonać prawidłowo (oraz, skoro zamierza korzystać z funduszy publicznych, jest „fair” w stosunku do państwa poprzez płacenie swoich zobowiązań o charakterze podatkowym i niepopelnianie szczególnie szkodliwych dla państwa przestępstw).

Tym samym nieracjonalne byłoby odczytywanie zamierzenia ustawodawcy wskazanego w art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Prawo zamówień publicznych jako nakierowanego na wyłączenie z podstaw wykluczenia okresu po wszczęciu postępowania. Co więcej, stan taki – jako bardziej aktualny niż mający miejsce dwa lub trzy lata przed wszczęciem postępowania – może być wręcz bardziej niebezpieczny dla realizacji przyszłego zamówienia niż ten, który zaistniał w bardziej odległej przeszłości.

Zdaniem Izby zawarcie umowy z takim wykonawcą byłoby nie tylko szkodliwe dla samego zamawiającego, który już w chwili jej podpisywania musiałby zakładać z bardzo dużym prawdopodobieństwem, że jego zamówienie nie zostanie zrealizowane, ale też naruszałoby zasadę uczciwej konkurencji między wykonawcami, a przy tym godziłoby w istotę prowadzenia postępowania, którego celem (o czym czasami się zapomina) nie jest abstrakcyjne procedowanie jako takie w celu spełnienia licznych wymogów formalnych ustawy Prawo zamówień publicznych, lecz przede wszystkim rzetelny wybór rzetelnego wykonawcy umowy.” (sygn. akt KIO 2264/12).

Skoro Izba stanęła na stanowisku, że rozwiązanie umowy, będące podstawą wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 1a może nastąpić po wszczęciu postępowania, należało ustalić, czy przesłanki związane z rozwiązaniem umowy, tj. czy w ogóle doszło do rozwiązania umowy, czy nastąpiło to z powodu, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność, i czy wartość niezrealizowanego zamówienia wyniósł co najmniej 5% wartości umowy) ziściły się w niniejszym przypadku. I tak analizując okoliczności niniejszej sprawy, skład orzekający doszedł do wniosku, że na każde tych pytań należy odpowiedzieć twierdząco.

Po pierwsze, umowa nr 91/28/03/12 z dnia 22 marca 2012 r., zawarta pomiędzy Zamawiającym a PGF URTICA Sp. z o.o., uległa rozwiązaniu po ziszczeniu się przesłanek w niej przewidzianych. Ponieważ zgodnie z § 12 ust. 2 umowy, w przypadku dostarczenia przez wykonawcę faktury VAT niezgodnej z treścią umowy m.in. co do ceny, wykonawca zobowiązany był do dostarczenia faktury VAT korygującej w nieprzekraczalnym terminie 7 dni licząc od dnia wezwania, a Zamawiający bezskutecznie wzywał kilkakrotnie do korekty faktur VAT (pismo z 10 sierpnia 2012 r., 28 sierpnia 2012 r. i 15 października 2012 r. i ostatecznie pismem z dnia 18 października 2012 r. w którym w trybie § 12 ust. 2 umowy wzywał do dostarczenia faktur VAT zgodnych z umową w terminie 7 dni od dnia wezwania

ze wskazaniem, że niezastosowanie się wykonawcy do wezwania będzie podstawą do rozwiązania umowy bez zachowania wypowiedzenia z winy wykonawcy i nastąpi przepadek zabezpieczenia wykonania umowy w związku z nienależytym wykonaniem zamówienia – (co z kolei przewidziano w § 14 ust. 1c umowy). Po bezskutecznym upływie wyznaczonego terminu Zamawiający przesłał wykonawcy informację, że umowa uległa rozwiązaniu. Po zaistnieniu okoliczności przewidujących w umowie jej rozwiązanie, w ocenie Izby tak sformułowana informacja była wystarczająca dla uznania, że umowa uległa rozwiązaniu bez zachowania okresu wypowiedzenia z winy wykonawcy (§ 12 ust. 2 umowy). Nie ma przy tym znaczenia, w jakiej dacie to nastąpiło – 27 czy 30 października br.; istotne, że umowa uległa rozwiązaniu przed wykluczeniem Odwołującego z postępowania.

Po drugie, rozwiązanie umowy niewątpliwie nastąpiło z powodu okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność. Brak korekty faktur w zakresie ceny (zaniechanie doprowadzenia do zgodności faktur z cenami wynikającymi z umowy) jak już wyżej wspomniano, w umowie określono jako „nienależyte wykonanie umowy” (§ 14 ust. 1 c umowy), a niezastosowanie się do tego obowiązku – uznane zostanie za podstawę do rozwiązania umowy z winy wykonawcy (§ 12 ust. 3 umowy). Z sekwencji zdarzeń opisanych przez Zamawiającego, którym Odwołujący zasadniczo nie zaprzeczył, wynikało, że wykonawca chciał wymóc na Zamawiającym zgodę na podniesienie cen. Postępowanie Odwołującego dziwi o tyle, że niezmiennosc cen wynikających z umowy zawartej po przeprowadzeniu zamówienia publicznego jest faktem powszechnie znanym w obrocie gospodarczym. Umowa dopuszczała zmianę cen po podpisaniu aneksów – ale do takiego podpisania nie doszło. Dla rozstrzygnięcia nie ma znaczenia badanie mechanizmów refundacji leków czy zasady ustalania cen urzędowych, na które to okoliczności powoływał się Odwołujący – te okoliczności może byłyby badane przez sąd powszechny, gdyby wykonawca sądownie domagał się zgody Zamawiającego na podpisanie aneksów zmieniających ceny. Skoro do popisania aneksów nie doszło, a wykonawca wystawiał faktury na ceny wyższe niż w umowie, trudno się dziwić Zamawiającemu, że zastosował postanowienia umowy o jej rozwiązaniu. Za ciąg przyczynowo-skutkowy, w wyniku którego doszło do rozwiązania umowy niewątpliwie w takich okolicznościach odpowiedzialny jest wykonawca (powodem rozwiązania umowy było wystawianie przez wykonawcę faktur na ceny wyższe, niż opiewała umowa).

Co do określenia wartości niezrealizowanego zamówienia, Izba stwierdziła, iż Zamawiający mylił się wskazując na wartość 6,25% - wynikającą z porównania różnicy ceny pomiędzy fakturami wystawionymi przez wykonawcę (z zawyżoną ceną) a fakturami opiewającymi na kwotę zgodną z umową. Ustawodawca w art. 24 ust. 1 pkt 1a Prawa

zamówień publicznych wskazał, że wartość niezrealizowanego zamówienia ma wynosić co najmniej 5 % wartości umowy. Na dzień 30 października 2012 r. wartość wykonania umowy wynosiła 4 733 657,26 zł, co stanowi 37,49% wartości umowy brutto (tj. kwoty 12 625 815,38 zł). Wartości tych Odwołujący nie kwestionował. Nawet jeżeli wykonawca po dacie, na którą dokonano wyliczeń, realizował jeszcze jakieś zamówienia, złożone przed jej rozwiązaniem, to nie mogłoby to wpłynąć na znaczące zwiększenie wartości części wykonanej umowy. Izba stwierdziła, że skoro ustawodawca nakazuje się odnosić do wartości umowy, to punktem odniesienia jest wartość całej umowy brutto, tj. w niniejszym przypadku kwota 12 625 815,38 zł – z tej wartości zrealizowano jedynie nieco ponad 37 %, a więc niezrealizowana wartość zamówienia przekracza znacznie 5% z art. 24 ust. 1 pkt 1a Prawa zamówień publicznych. Wydaje się, że Odwołujący błędnie utożsamiał „wartość niezrealizowanego zamówienia” z wartością sukcesywnie realizowanych zamówień w ramach umowy (poszczególne zlecenia były realizowane bez zastrzeżeń co do ich kompletności, co nie było sporne). Jednak sposób realizacji umowy, wykonywanej na podstawie „zamówień”, rozumianych jako zlecenia na dostawy częściowe, nie może mieć wpływu na zakres pojęcia „wartość niezrealizowanego zamówienia”, którym to pojęciem posługuje się Prawo zamówień publicznych, a które należy rozumieć jako niezrealizowaną wartość umowy (z zawartej w art. 2 pkt 15 Prawa zamówień publicznych definicji zamówienia publicznego wynika, że jest to umowa odpłatna, więc pod pojęciem zamówienia należy rozumieć umowę).

W takich okolicznościach nie dziwi wykluczenie Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1a Prawa zamówień publicznych; okoliczność, że żądanie ceny wyższej, niż w umowie dotyczyło cen leków z grupy cytostatyków (co do których Zamawiający nie może ryzykować, że zaprzestanie podawanie ich pacjentom) nie mogła być brana pod uwagę przed Izbą, niemniej jednak z punktu widzenia Zamawiającego ewentualne zawarcie umowy z wykonawcą po przeprowadzeniu postępowania, w którym wniesiono rozpatrywane odwołanie, musiało być obarczone dużym ryzykiem. Nie ma racji Odwołujący twierdząc, że Zamawiający kreował celowo sytuację i dowody na użytek wykluczenia go z postępowania (strona 4 odwołania) – Zamawiający zastosował jedynie postanowienia wiążącej go z wykonawcą umowy, a powód ich zastosowania zaistniał wcześniej, i to z winy wykonawcy (który nie wystawiał faktur zgodnych z umową). W takiej sytuacji, wskutek zachowania wykonawcy, rozwiązanie umowy nastąpiło niemal automatycznie.

Wobec powyższych okoliczności Izba stwierdziła, że nie doszło do naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 1a Prawa zamówień publicznych, dlatego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....

.....

.....