

Katowice, 24.06.2021 r.

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej
przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych
ul. Postępu 17a
02 – 676 Warszawa

Zamawiający:

Wojewódzkie Centrum Psychiatrii Długoterminowej w Stroniu Śląskim
Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej
ul. Sudecka 3A
57 – 550 Stronie Śląskie

Odwołujący:

„Farmacol-Logistyka” Sp. z o.o.
ul. Szopenicka 77
40-431 Katowice

Postępowanie: o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie podstawowym na:
„Dostawę produktów farmaceutycznych (na 12 miesięcy)” - Nr postępowania: ZP.231.5/2021

ODWOŁANIE

do postępowania prowadzonego w trybie podstawowym na:
„Dostawę produktów farmaceutycznych (na 12 miesięcy)” - Nr postępowania: ZP.231.5/2021

Jako Odwołujący, w oparciu o art. 513 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo Zamówień Publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2019 r. poz. 2019, dalej w skrócie: UPZP, ustawa Pzp) niniejszym wnoszę odwołanie od niezgodnych z prawem czynności Zamawiającego (zaniechań czynności do których Zamawiający zgodnie z prawem jest zobowiązany), tj.:

- 1) dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, poprzez zapis w umowie (§ 8 KARY UMOWNE ust. 1 pkt. 1), 2), 3) oraz § 4 ODBIÓR TOWARU ust. 5 pkt. 1) Wzoru umowy – Załącznik nr 3 do SWZ) stanowiący zapis abuzywny a dotyczący bezpośrednio przedmiotu zamówienia;
- 2) dokonanie opisu sposobu oceny ofert i dobór kryteriów oceny ofert w taki sposób, że w powiązaniu z zapisami umowy (§ 8 KARY UMOWNE ust. 1 pkt. 1), 2), 3) oraz § 4 ODBIÓR TOWARU ust. 5 pkt. 1) Wzoru umowy – Załącznik nr 3 do SWZ) narusza zasadę równego traktowania i uczciwej konkurencji oraz nie zapewnia wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z zasadami prowadzenia postępowania w trybie podstawowym a stanowi narzędzie do podwójnego karania Wykonawcy;
- 3) zaniechanie równego traktowania wykonawców, biorących udział w Postępowaniu oraz nie zachowanie zasady uczciwej konkurencji.

Powyższym czynnościom (zaniechaniom) Odwołujący stawia następujące zarzuty:

zarzut naruszenia art. 16 pkt. 1 - 3), art. 99 ust. 4, art. 240 ust. 1 i 2 w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 4 i 18, art. 433 pkt. 1 i 2 Ustawy Prawo Zamówień Publicznych (t.j. Dz.U. nr 2019 z 2019 r.), kształtowanie przyszłego stosunku umownego w sposób sprzeczny z zasadą swobody umów (art. 353 (1) k.c.) oraz naruszenie innych przepisów przywołanych w uzasadnieniu odwołania poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w zw. z § 8 KARY UMOWNE ust. 1 pkt. 1), 2), 3) oraz § 4 ODBIÓR TOWARU ust. 5 pkt. 1) Wzoru umowy – Załącznik nr 3 do SWZ oraz Rozdział XX SWZ „Opis kryteriów oceny ofert, wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert”

Mając na uwadze powyższe, Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i:

Usunięcie ww. zapisów alternatywnie modyfikację opisu przedmiotu zamówienia poprzez zmianę treści § 8 KARY UMOWNE ust. 1 pkt. 1), 2), 3) oraz § 4 ODBIÓR TOWARU ust. 5 pkt. 1) Wzoru umowy – Załącznik nr 3 do SWZ w taki sposób, aby zapisy nie były abuzywne w stosunku do Wykonawców a naliczane kary nie miały charakteru zarobkowego i utrudniającego uczciwą konkurencję

UZASADNIENIE

Zamawiający w dniu 23.06.2021 r. opublikował Specyfikację Warunków Zamówienia do postępowania na: „Dostawę produktów farmaceutycznych (na 12 miesięcy)” - Nr postępowania: ZP.231.5/2021 W § 8 KARY UMOWNE ust. 1 pkt. 1), 2), 3) oraz § 4 ODBIÓR TOWARU ust. 5 pkt. 1) Wzoru umowy – Załącznik nr 3 do SWZ umieścił następujące zapisy:

§ 8

KARY UMOWNE

1. WYKONAWCA zobowiązuje się do zapłaty na rzecz ZAMAWIAJĄCEGO kar umownych:

1) za opóźnienie w zachowaniu terminu realizacji zamówienia, o którym mowa w § 3 ust. 3 umowy - w wysokości **100,00 zł** (słownie: sto złotych) za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia;

2) za opóźnienie w przystąpieniu do realizacji obowiązków gwarancyjnych w terminie określonym w § 7 ust. 12 umowy - w wysokości **50,00 zł** (słownie: pięćdziesiąt złotych) za każdą rozpoczętą godzinę opóźnienia;

3) za opóźnienie w dostarczeniu towaru wolnego od wad zamiast towaru wadliwego, lub w wykonaniu obowiązku zwrotu ceny za wadliwy towar, zgodnie z postanowieniami § 7 ust. 11 umowy - w wysokości **50,00 zł** (słownie: pięćdziesiąt złotych) za każdą godzinę opóźnienia;

4) w razie odstąpienia przez ZAMAWIAJĄCEGO od umowy z powodu okoliczności, za które odpowiada WYKONAWCA - w wysokości **10%** (słownie: dziesięć procent) wartości ceny brutto, o której mowa w § 5 ust. 1 umowy.

5) w przypadku nieuzasadnionego warunkami umowy odstąpienia WYKONAWCY od umowy lub nieuzasadnionej odmowy jej wykonania przez WYKONAWCĘ - w wysokości **8.000,00 zł** (słownie: osiem tysięcy złotych),

§ 4

ODBIÓR TOWARU

5. W przypadku ponownego stwierdzenia przez ZAMAWIAJĄCEGO wad lub usterek towaru lub miejsca dostawy, lub innego rodzaju niewykonania lub nienależytego wykonania przez WYKONAWCĘ zobowiązań stanowiących przedmiot umowy, zgodnie z § 1 umowy, lub bezskutecznego upływu

terminu wyznaczonego przez ZAMAWIAJĄCEGO, zgodnie z § 4 ust. 4 umowy, ZAMAWIAJĄCY ma prawo do:

1) naliczenia dodatkowych kar umownych z tytułu zwłoki w terminie realizacji zamówienia, obok kar umownych naliczonych zgodnie z § 8 umowy, w wysokości w wysokości 5% (słownie: pięć procent) wartości brutto zamówionych towarów nie dostarczonych w terminie, za każdy dzień zwłoki, oraz wyznaczenia WYKONAWCY kolejnego terminu na usunięcie przedmiotowych wad towaru lub miejsca dostawy, lub innego rodzaju niewykonania lub nienależytego wykonania przez WYKONAWCĘ zobowiązań stanowiących przedmiot umowy, zgodnie z § 1 umowy; przepis § 4 ust. 3 umowy stosuje się odpowiednio”

Podczas gdy art. 433 UPZP jasno precyzuje jakich postanowień projekt umowy nie może zawierać:

„Art. 433. Projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać:

- 1) odpowiedzialności wykonawcy za opóźnienie, chyba że jest to uzasadnione okolicznościami lub zakresem zamówienia;**
- 2) naliczania kar umownych za zachowanie wykonawcy niezwiązane bezpośrednio lub pośrednio z przedmiotem umowy lub jej prawidłowym wykonaniem;**
- 3) odpowiedzialności wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający;*
- 4) możliwości ograniczenia zakresu zamówienia przez zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron.”*

Ponadto Zamawiający określił kryteria oceny ofert jako:

- 1) Cena (C) – waga kryterium 60,00 %
- 2) Termin usunięcia wad i uchybień w dostawie (maksymalnie 7 dni) – waga kryterium 40,00%

przypisując bardzo dużą wagę kryterium nr 2 bezpośrednio przekładającym się na naliczanie kar umownych zgodnie z zapisami ww. paragrafów.

Ustawa Prawo Zamówień Publicznych kształtuje fundamentalne zasady postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wśród tych zasad prym wiodą dwie zasady wprowadzone przez Ustawodawcę: w art. 16 pkt. 1 -3, tj. zasada zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zasada proporcjonalności. Zasady te nie pozwalają zamawiającemu na traktowanie żadnego z wykonawców w sposób uprzywilejowany, a ich działanie nie może być ograniczone decyzjami zamawiającego.

Zarzuty odwołania opierają się na naruszeniu art. 99 ust. 4, 240 ust. 1 i 2 w powiązaniu z art. 134 ust. 1 pkt 4 i 18 oraz art. 433 pkt. 2) ustawy Prawo zamówień publicznych. Naruszenie art. 99 ust. 4 oraz art. 433 może być realizowane w sposób bezpośredni oraz pośredni. Jako naruszenie art. 99 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych wystarczające jest uprawdopodobnienie naruszenia konkurencji.

W doktrynie prawa zamówień publicznych oraz w aktualnym orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych dominuje pogląd, że ustanawianie przez zamawiającego w umowie rażąco wysokich kar umownych uznać należy bezwzględnie za naruszenie zasad zachowania

uczciwej konkurencji wyrażonej w przepisie art. 16 Ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2019 poz. 2019 z późn. zm.), które może być uzasadnioną podstawą do żądania unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie art. 255 pkt. 6 Ustawy Prawo zamówień publicznych z uwagi, iż postępowanie jest obarczone wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Stanowisko powyższe znajduje pełne potwierdzenie m.in. wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 31 lipca 2015 r. sygn. akt: KIO/1519/15. Zważyć bowiem należy, że kara umowna (odszkodowanie umowne) ze swojej istoty ma charakter wyłącznie odszkodowawczy i kompensacyjny, a nie zaś prewencyjny. Ustalenie przez Zamawiającego zbyt wygórowanych kar umownych dla wykonawców stanowi zatem bezspornie rażąco naruszenie prawa w zakresie równości stron umowy, co w konsekwencji prowadzi do sprzeczności celu takiej umowy z zasadami współzycia społecznego i skutkować winno bezwzględną nieważnością czynności prawnej na podstawie przepisu art. 353 1 k.c. w związku z art. 58 § 1 k.c. Należy mieć również na względzie stanowisko Sądu Najwyższego wyrażone w wyroku z 29 listopada 2013 roku, sygn. akt I CSK 124/13, dotyczącego przesłanek miarkowania kar umownych jako rażąco wygórowanych. W uzasadnieniu wyroku Sąd wskazał, iż *„kara umowna nie może być instrumentem służącym wzbogaceniu wierzyciela, a zatem przyznającym mu korzyść majątkową w istotny sposób przekraczającą wysokość poniesionej przez wierzyciela szkody. Celem miarkowania kary umownej jest natomiast ochrona równowagi interesów stron i zapobieżenie nadmiernemu obciążeniu dłużnika oraz niesłusznemu wzbogaceniu wierzyciela”*.

Zgodnie z wyrokiem Sądu Rejonowego dla m. st. Warszawy w Warszawie z dnia 14 stycznia 2016 r. sygn. akt XV GC 3429/12: *„Kara umowna za zwłokę powinna być proporcjonalna i nakłaniać dłużnika by dołożył najwyższych starań dla spełnienia świadczenia w terminie. Jeżeli podniesiono zarzut miarkowania kary, (...), należy niewątpliwie wziąć pod uwagę istnienie szkody oraz jej rozmiar, zwłaszcza że przesłanka "rażącego wygórowania" implikuje istnienie znacznej dysproporcji między poniesioną szkodą, a żądaną wysokością kary. Kara umowna winna być bowiem surogatem odszkodowania zastrzeżonym w określonej wysokości i nie może prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia wierzyciela.”*

Nadto stosownie do treści wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 14.12.2005 r. (I Aca 1114/2005), miernikiem, który pozwala ocenić czy kara umowna jest rażąco wygórowana może być rozmiar szkody doznanej przez wierzyciela. Mając na uwadze powyższe, stwierdzić należy, iż przyjęty przez Zamawiającego sposób naliczania kary umownej w praktyce może doprowadzić do naliczenia niewspółmiernie wysokich i nieadekwatnych do poniesionych szkód kar umownych. W doktrynie podkreśla się, że umowa jest sprzeczna z zasadami współzycia społecznego jeśli jest sprzeczna z dobrymi obyczajami oraz wykracza poza przyjętą w obrocie uczciwość kupiecką.

W przedmiotowej sprawie wysokość zastrzeżonej kary umownej w sposób zdecydowany wykracza poza przyjęte w obrocie obyczaje kupieckie. Określenie rażąco wysokiej kary umownej jest sprzeczne z treścią art. 484 §1 KC, który określa karę umowną jako surogat odszkodowania. W sytuacji zastrzeżenia kary umownej przekraczającej wielokrotnie wartość szkody, kara umowna traci swój z natury dyscyplinujący charakter, a zyskuje przymiot niczym nieuzasadnionego zysku wierzyciela, a więc bezpodstawnego wzbogacenia się Zamawiającego. Ponadto, ukształtowanie wzoru umowy ze zbyt surowymi sankcjami doprowadzi do zwiększenia ceny ofertowej - gdyż każdy rzetelny Wykonawca funkcjonujący na rynku będzie zmuszony do wkalkulowania ryzyka związanych z karą w cenę swojej oferty.

W omawianym przypadku mamy do czynienia z naruszeniem bezpośrednim, które w odniesieniu do wysokości kar umownych było już wielokrotnie przedmiotem analizy Krajowej Izby Odwoławczej.

W konsekwencji takie zapisy w Specyfikacji Warunków Zamówienia i we Wzorze umowy uniemożliwiają wykonawcom prawidłową kalkulację ceny i tym samym utrudniają sporządzenie ważnej, nie podlegającej odrzuceniu oferty przetargowej, mogą utrudniać uczciwą konkurencję a po zawarciu umowy może okazać się, iż umowy te są dotknięte sankcją nieważności.

Zamawiający nie może umieszczania takich zapisów w SWZ tłumaczyć swoimi potrzebami, bowiem Krajowa Izba Odwoławcza wypracowała również jednolitą linię orzecznictwa związaną z pojęciem „uzasadnionych potrzeb zamawiającego”.

Krajowa Izba Odwoławcza podkreśliła również w wyroku KIO 2280/16, że zamawiający musi potrafić każdorazowo wykazać swoje uzasadnione potrzeby, jeśli nie w ramach postanowień SWZ, to w toku weryfikacji jego decyzji, np. podczas rozpatrywania wniesionego odwołania.

Jednym z podstawowych obowiązków podmiotu prowadzącego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest wynikający z przepisu art. 99 ust. 1 i 2 UPZP wymóg opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Powyższa regulacja stanowi instrument ochrony wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego. W takim bowiem postępowaniu, to zamawiający jest stroną określającą swoje wymagania, opisującą przedmiot umowy oraz nadającą kształt postanowieniom umowy. Wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego w praktyce nie ma możliwości kształtowania w jakikolwiek sposób dokumentacji przetargowej oraz umowy w sprawie zamówienia publicznego. Pełną odpowiedzialność za treść wymagań określonych w SWZ oraz kształt istotnych postanowień umowy jako gospodarz postępowania o udzielenie zamówienia, ponosi zamawiający (zob. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 marca 2012 r. sygn. akt KIO 330/12).

Opis przedmiotu zamówienia stanowi kluczowy element przygotowywanej przez zamawiającego dokumentacji. Nie może być on ogólny, szacunkowy i niedookreślony, przenoszący na wykonawców składających oferty ciężar jego dookreślenia przy jednoczesnym, niczym nieograniczonym prawie dokonywania zmian w realizacji zamówienia przez zamawiającego (tak w uzasadnieniu wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 listopada 2010 r. sygn. akt 2376/10). Opis przedmiotu zamówienia musi być na tyle oczywisty i niebudzący żadnych wątpliwości, by mógł stanowić podstawę do złożenia przez zainteresowane podmioty ofert (wyrok Izby z dnia 2 sierpnia 2011 r. KIO 1556/11). Opis przedmiotu zamówienia powinien być zatem dokonany w taki sposób, aby wykonawcy nie mieli wątpliwości, jakie usługi, dostawy czy roboty budowlane należy wykonać i jaki będzie ich zakres zgodnie z wymaganiami zamawiającego, a jednocześnie aby mogli oni w sposób prawidłowy dokonać wyceny złożonych ofert (wyrok Izby z dnia 27 grudnia 2011 r. sygn. akt KIO 2649/11).

Krajowa Izba Odwoławcza wielokrotnie wskazywała w orzecznictwie na kwestie „uzasadnionych potrzeb Zamawiającego” (zob. wyrok z dnia 5 lipca 2012 r., KIO 1307/11, wyrok z dnia 12 lipca 2012 r.,

KIO 1360/12), czy też „obiektywnych okoliczności” (zob. wyrok z dnia 8 lipca 2011 r., KIO 1344/11). Podobnie w uchwale z dnia 27 września 2012 r., KIO/KD 80/12.

Zarówno w doktrynie, jak i w orzecznictwie podkreśla się, że już na etapie przygotowania postępowania może dojść do próby ograniczenia konkurencji poprzez zawężenie kręgu wykonawców ponad potrzebę zapewnienia, że zamówienie będzie wykonywać wykonawca wiarygodny i zdolny do jego realizacji (wyrok NSA w Warszawie z dnia 13 lutego 2014r. II GSK 1980/12).

Przedmiotem zamówienia jest dostawa produktów leczniczych, którego zasadniczym elementem jest dostawa właściwych preparatów w określonym czasie za najkorzystniejszą dla Zamawiającego cenę. Mimo że zamawiany asortyment ma pierwszorzędne znaczenie, Zamawiający nadmiernie wyeksponował kryterium terminu usunięcia wad i uchybień w dostawie (maksymalnie 7 dni), co ogranicza dostęp do postępowania i możliwości zaoferowania leków konkretnym wykonawcom, ograniczając możliwość złożenia ważnej oferty, zawierającej cały wyspecyfikowany przez Zamawiającego asortyment realnie do tych wykonawców, którzy będą w stanie potwierdzić spełnienie ww. kryterium, które ma bezpośrednie przełożenie na naliczanie kar umownych. Takie działanie Zamawiającego ma znamiona sztucznie kreowanego monopolu. W przedmiotowym postępowaniu mamy więc do czynienia z sytuacją, w której wyłącznie wykonawca, który zadeklaruje spełnienie ww. kryterium w odniesieniu do zaoferowanych leków, znajduje się w sytuacji uprzywilejowanej, gdyż tylko ten jeden wykonawca złoży ważną ofertę zgodnie z obecnymi zapisami SWZ. Złożona oferta nie będzie zatem konkurencyjna i będzie skalkulowana na podstawie dowolnie określonych przez tego Wykonawcę cen, często nie mających odzwierciedlenia w cenie zakupowej leku, bowiem Wykonawca będzie zmuszony do uwzględnienia w cenie leku wysokości potencjalnych kar umownych.

Powyższe stanowisko potwierdzone zostało wielokrotnie przez Krajową Izbę Odwoławczą, która wielokrotnie podkreślała, że **opis przedmiotu zamówienia winien być dokonany w sposób obiektywny, nieutrudniający uczciwej konkurencji, że nie może zawierać sformułowań powodujących uprzywilejowanie określonych wykonawców** (tak np. wyrok KIO z dnia 5 sierpnia 2013r. KIO 1781/13). Opisany wyżej zakaz opisywania przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję nie oznacza konieczności nabycia przez zamawiającego dostaw lub usług nieodpowiadających jego potrzebom, a jedynie nakłada na zamawiającego obowiązek dopuszczenia konkurencji między wykonawcami mogącymi spełnić postawione wymogi w odniesieniu do przedmiotu zamówienia bez ograniczania dostępu do niego. Stąd został nałożony na zamawiającego szczególny obowiązek dokonania właściwego opisu przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie tych jego cech, które dla zamawiającego mają znaczenie kluczowe (tak KIO w uchwale z dnia 2 sierpnia 2013r. KIO/KD 69/13).

Opisanie przez Zamawiającego przedmiotu zamówienia w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców skutkuje ograniczeniem możliwości złożenia ważnej, konkurencyjnej oferty w Postępowaniu przez wykonawców nie podlegających wykluczeniu z Postępowania i posiadających stosowne uprawnienia, wiedzę i doświadczenie oraz dysponujących odpowiednim potencjałem technicznym, kadrowym, finansowym oraz ekonomicznym do wykonania zamówienia, co narusza w szczególności art. 16 pkt. 1-3 art. 99 ust. 4 UPZP oraz art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Stanowisko Odwołującego potwierdza Urząd Zamówień Publicznych (dalej: „UZP”) oraz dotychczasowe orzecznictwo. UZP w jednej ze swych opinii stwierdził, że: *„Biorąc pod uwagę zapis art. 29 ust. 2 Pzp, zgodnie z którym przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, wystarczy do stwierdzenia faktu nieprawidłowości w opisie przedmiotu zamówienia, a tym samym sprzeczności z prawem, jedynie zaistnienie możliwości utrudniania uczciwej konkurencji poprzez zastosowanie określonych zapisów w specyfikacji, niekoniecznie zaś realnego uniemożliwienia takiej konkurencji (zob. wyrok SO w Bydgoszczy z dnia 25 stycznia 2006 r., sygn. akt II Ca 693/5)”*.

Należy podkreślić, że w dotychczasowym orzecznictwie utrwalił się pogląd o niedopuszczalności opisywania przedmiotu zamówienia w sposób nawet pośrednio ograniczający konkurencję (nie mówiąc już o bezpośrednim jej utrudnianiu innymi sposobami). Wyraźnie wskazuje na to wyrok Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 9 listopada 2005 r., sygn. akt II Ca 587/05, zgodnie z którym: *„Istotne jest aby przedmiot zamówienia został opisany w sposób neutralny i nieutrudniający uczciwej konkurencji. Oznacza to konieczność eliminacji z opisu przedmiotu zamówienia wszelkich sformułowań, które mogłyby wskazywać konkretnego wykonawcę, bądź które eliminowałyby konkretnych wykonawców, uniemożliwiając im złożenie ofert lub powodowałyby sytuację, w której jeden z zainteresowanych wykonawców byłby bardziej uprzywilejowany od pozostałych”*.

Podobnie kształtuje się kierunek orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej. Przykładowo, w uzasadnieniu wyroku z dnia 13 stycznia 2009 r. sygn. akt KIO/UZP/1502/08, Izba podniosła, iż: *„w gestii Zamawiającego leży ustalenie przedmiotu zamówienia zgodnie z oczekiwaniami co do jego funkcjonalności oraz użyteczności, jednak nie może to prowadzić do nieuzasadnionego ograniczania kręgu potencjalnych wykonawców”*. Analogicznie przedstawia się uzasadnienie wyroku z dnia 20 stycznia 2009 r. sygn. akt KIO/UZP/02/09, gdzie Izba wywiodła, że: *„Zamawiający opisując przedmiot zamówienia, który w sposób pośredni wskazuje na możliwość jego realizacji wyłącznie przez jednego wykonawcę, narusza fundamentalne zasady równego traktowania oraz uczciwej konkurencji”*.

Powyższa argumentacja posunęła się dalej w wyroku o sygn. akt KIO/UZP 361/10, gdzie Izba stwierdziła, że: *„(...) ograniczenie konkurencji może mieć zarówno charakter graniczny tzn. formalnie i wprost - podmiotowe cechy wykonawców lub przedmiot ich oferty zostaną nie dopuszczone lub po prostu nie zamówione przez zamawiającego, albo też postanowienia SIWZ prowadzą do sytuacji, w której niektórzy wykonawcy co prawda mogą złożyć ważną i odpowiadającą SIWZ ofertę, jednakże oferta ze względu na jej charakter i specyfikę, w świetle ukształtowanych kryteriów oceny ofert nie będzie mogła realnie konkurować z ofertami innych wykonawców (...) jakiegokolwiek ograniczenie dostępu do zamówienia czy stwarzanie przez zamawiającego bardziej korzystnych warunków dla określonych wykonawców, zarówno bezpośrednie, jak i pośrednie (poza przewidzianymi w przepisach ustawy), w przypadku gdy brak ku temu rzeczowego uzasadnienia, stanowiło będzie naruszenie zasad wyrażonych w art. 7 ust. 1 Pzp (...) należy również odmówić zamawiającym prawa do zupełnie dowolnego kształtowania postanowień SIWZ, które mogą prowadzić do nadmiernego ograniczenia konkurencji i preferencji dla określonych wykonawców w stopniu ponad potrzeby zamawiającego wykraczającym”*.

Wobec powyższego Wykonawca wnosi o uwzględnienie Odwołania i dokonanie przez Zamawiającego następujących czynności:

- I. usunięcia treści zapisu § 8 KARY UMOWNE ust. 1 pkt. 1), 2), 3) oraz § 4 ODBIÓR TOWARU ust. 5 pkt. 1) Wzoru umowy – Załącznik nr 3 do SWZ

alternatywnie:

- II. modyfikacji opisu przedmiotu zamówienia poprzez zmianę treści § 8 KARY UMOWNE ust. 1 pkt. 1), 2), 3) oraz § 4 ODBIÓR TOWARU ust. 5 pkt. 1) Wzoru umowy – Załącznik nr 3 do SWZ w sposób:

§ 8

KARY UMOWNE

1. WYKONAWCA zobowiązuje się do zapłaty na rzecz ZAMAWIAJĄCEGO kar umownych:

1) za opóźnienie w zachowaniu terminu realizacji zamówienia, o którym mowa w § 3 ust. 3 umowy - w wysokości **10,00 zł** (słownie: **dziesięć złotych**) za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia;

2) za opóźnienie w przystąpieniu do realizacji obowiązków gwarancyjnych w terminie określonym w § 7 ust. 12 umowy - w wysokości **15,00 zł** (słownie: **piętnaście złotych**) za każde rozpoczęte 4 godziny opóźnienia;

3) za opóźnienie w dostarczeniu towaru wolnego od wad zamiast towaru wadliwego, lub w wykonaniu obowiązku zwrotu ceny za wadliwy towar, zgodnie z postanowieniami § 7 ust. 11 umowy - w wysokości **15,00 zł** (słownie: **piętnaście złotych**) za każde rozpoczęte 4 godziny opóźnienia;

4) w razie odstąpienia przez ZAMAWIAJĄCEGO od umowy z powodu okoliczności, za które odpowiada WYKONAWCA - w wysokości **10%** (słownie: **dziesięć procent**) wartości ceny brutto, o której mowa w § 5 ust. 1 umowy.

5) w przypadku nieuzasadnionego warunkami umowy odstąpienia WYKONAWCY od umowy lub nieuzasadnionej odmowy jej wykonania przez WYKONAWCĘ - w wysokości **2%** (słownie: **dwa procent**) wartości ceny brutto niezrealizowanej części umowy (zamówienia).

§ 4

ODBIÓR TOWARU

5. W przypadku ponownego stwierdzenia przez ZAMAWIAJĄCEGO wad lub usterek towaru lub miejsca dostawy, lub innego rodzaju niewykonania lub nienależytego wykonania przez WYKONAWCĘ zobowiązań stanowiących przedmiot umowy, zgodnie z § 1 umowy, lub bezskutecznego upływu terminu wyznaczonego przez ZAMAWIAJĄCEGO, zgodnie z § 4 ust. 4 umowy, ZAMAWIAJĄCY ma prawo do:

1) ~~naliczenia dodatkowych kar umownych z tytułu zwłoki w terminie realizacji zamówienia, obok kar umownych naliczonych zgodnie z § 8 umowy, w wysokości w wysokości 5% (słownie: pięć procent) wartości brutto zamówionych towarów nie dostarczonych w terminie, za każdy dzień zwłoki, oraz wyznaczenia WYKONAWCY kolejnego terminu na usunięcie przedmiotowych wad towaru lub miejsca dostawy, lub innego rodzaju niewykonania lub nienależytego wykonania przez WYKONAWCĘ zobowiązań stanowiących przedmiot umowy, zgodnie z § 1 umowy; przepis § 4 ust. 3 umowy stosuje się odpowiednio~~"

Zapisy § 8 ust. 1 pkt. 3) odnośnie opóźnienia w obowiązku zwrotu ceny za wadliwy towar i naliczanie wygórowanych kar za takie zdarzenie za godzinę opóźnienia stanowią zapis abuzywny i niemożliwy do spełnienia, bowiem podmiot taki jak hurtownia farmaceutyczna ma określony cykl fakturowania i korygowania faktur, który nie jest cyklem godzinowym.

Zapisy § 4 ust. 1 odnośnie zwłoki w terminie realizacji zamówienia stanowią podwójne karanie Wykonawcy za to samo zdarzenie, co jest niedopuszczalne na gruncie obowiązującego prawa.

Odwołujący podnosi również, że wniosek o usunięcie kwestionowanych postanowień ze Wzoru umowy pozostają w zgodzie z nową Ustawą Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 r.), której naczelną zasadą jest zrównoważenie pozycji stron w umowach w sprawie zamówienia publicznego poprzez zakaz kształtowania praw i obowiązków Zamawiającego i Wykonawcy w sposób rażąco nieproporcjonalny do rodzaju zamówienia oraz ryzyka związanego z jego realizacją.

Odwołujący zwraca uwagę, że ze względu na wagę zapisów SWZ, które utrudniają uczciwą konkurencję, w skuteczny sposób eliminując dostęp do rynku innym hurtowniom lekowym, w szczególności Odwołującemu, tylko pełne uwzględnienie przedstawionych w Odwołaniu kwestii i modyfikacja SWZ zgodnie z tym Odwołaniem skutkować będą doprowadzeniem Postępowania do zgodności z Ustawą PZP. Pozostawienie opisu przedmiotu i zapisów Wzoru umowy w oryginalnej treści oraz zaniechanie wprowadzenia modyfikacji powoduje, iż dostęp do niniejszego zamówienia w dalszym ciągu będzie bezpodstawnie utrudniony. Wykonawcy zobowiązani są bowiem do składania oferty zgodnej z każdym wymogiem określonym w treści SWZ, zatem zaniechanie uwzględnienia modyfikacji w sposób wskazany przez Odwołującego nie otworzy dostępu do tego Postępowania wszystkim podmiotom, faktycznie mogącym spełnić przyjęty przez Zamawiającego cel realizacji zamówienia.

W doktrynie wskazuje się, że sama możliwość utrudnienia konkurencji poprzez niewłaściwe sformułowanie opisu przedmiotu zamówienia jest niedozwolona. W komentarzach do UPZP zaznacza się, że „przy określaniu przedmiotu zamówienia, UPZP wprowadza zakaz określania przedmiotu zamówienia w sposób, który **mógłby** utrudniać uczciwą konkurencję. Oznacza to konieczność eliminacji z określenia przedmiotu zamówienia wszelkich sformułowań lub parametrów, które wskazywałyby na konkretny wyrób czy konkretnego wykonawcę. Zachowaniu uczciwej konkurencji służyć ma właśnie stosowanie obiektywnych cech technicznych i jakościowych. Należy zauważyć, że dla podważenia w drodze środków ochrony prawnej nieprawidłowego opisu przedmiotu zamówienia należy wskazać jedynie na możliwość utrudniania w ten sposób uczciwej konkurencji. Wykonawca nie musi natomiast udowodnić, że określenia zawarte w siwz, co do przedmiotu zamówienia, rzeczywiście tę uczciwą konkurencję uniemożliwiają” (wytłuszczenia – autora) (patrz: Pieróg Jerzy: Prawo zamówień publicznych, Komentarz, C.H.Beck, Warszawa 2010, str. 115). Podkreśla się również, że „opis przedmiotu zamówienia nie powinien więc wskazywać konkretnego wyrobu czy wykonawcy” (wytłuszczenia – autora) (patrz: Płużański Marcin: Prawo zamówień publicznych, Komentarz, C.H.Beck, Warszawa 2009, str. 318).

Wobec powyższego, wniesienie Odwołania jest w pełni uzasadnione i zasługuje na uwzględnienie.

Interes prawny: Interes Odwołującego polega na tym, że również jest profesjonalnym Wykonawcą w zakresie dostawy i obrotu produktami leczniczymi, ubiegającym się o udzielenie przedmiotowego zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego wskazanych w Odwołaniu przepisów UPZP uniemożliwia Wykonawcy pozyskanie zamówienia, złożenia ważnej, niepodlegającej odrzuceniu

i wygrywającej oferty przetargowej. Obecne zapisy SWZ i Wzoru Umowy uniemożliwiają Odwołującemu prawidłowe skalkulowanie ceny, w tym skalkulowanie jej w taki sposób, aby była konkurencyjna. Przystępujący realizuje umowy zawarte na podstawie udzielonych mu zamówień publicznych, nie mniej jednak ze względu na obecne zapisy SWZ i wzoru Umowy jako dostawca dużego wolumenu produktów leczniczych będzie musiał poddać rozważeniu ryzyko biznesowe związane z określonym przez Zamawiającego kryterium oceny ofert: „Termin usunięcia wad i uchybień w dostawie (maksymalnie 7 dni)” i jego wpływu na przyszłe zobowiązania nie tylko wobec Zamawiającego, ale i swoich dostawców.

Przystępujący z powodu braku możliwości złożenia ważnej oferty może ponieść szkodę polegającą na pozbawieniu go realnych korzyści finansowych w postaci uzyskania założonego zysku w wyniku realizacji zamówienia.

Interes prawny Odwołującego wyraża się również w tym, aby postępowanie o udzielenie zamówienia przeprowadzone zostało zgodnie z przepisami obowiązującego prawa, a zawarta umowa nie była dotknięta sankcją nieważności z powodu wady postępowania. Zgodnie bowiem z wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 19 grudnia 2007 r. sygn. akt V Ca 2506/07: *„Interes prawny w uzyskaniu zamówienia należy rozumieć w ten sposób, że wykonawca ma prawo oczekiwać, że sam proces udzielenia zamówienia będzie odbywał się w sposób prawidłowy i z tego wynika jego interes we wnoszeniu środków ochrony prawnej”*.

Celem badania złożonych w toku postępowania ofert, złożonych przez poszczególnych Wykonawców jest sprawdzenie ich poprawności pod względem nie tylko formalnym, ale i merytorycznym. Powyższe działania są uprawnieniami Zamawiającego, ale i stanowią również jego obowiązek. Pragnąc zatem zapobiec ewentualnym nieprzyjemnościom związanym z weryfikacją postępowań pod opisanym wyżej kątem oraz działając z zamiarem zachowania poprawnych relacji uczestników obrotu, a także w celu zapobieżenia stratom po stronie Wykonawcy, zwracamy się o rozważną weryfikację złożonych ofert (pod kątem merytorycznym) i dokonania ponownego badania i oceny złożonych ofert.

Pragniemy zasygnalizować, iż fundamentalną zasadą postępowania o udzielenie zamówienia jest obowiązek złożenia oferty zgodnej z SIWZ (art. 226 ust. 1 pkt 5 Ustawy Pzp). Tylko w sytuacji pełnej zgodności ofert ze specyfikacją mogą być one porównywane w warunkach uczciwej konkurencji, gdyż spełniają wówczas te same wymagania Zamawiającego.

Mając na uwadze równe traktowanie każdego Wykonawcy i w myśl zasady uczciwej konkurencji, wnosimy o dokonanie przez Zamawiającego czynności jak wyżej.

Prosimy o ustosunkowanie się do niniejszego pisma w terminie do 25.06.2021 r. do godz. 13.00. W przypadku negatywnej odpowiedzi, bądź jej braku, „Farmacol – Logistyka” Sp. z o.o. w Katowicach będzie zmuszona skorzystać z przysługujących jej środków ochrony prawnej. Nadto rozważamy powiadomienie w trybie 607 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019, poz. 2019 ze zm.) Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych celem wszczęcia kontroli doraźnej, gdyż doszło do naruszenia przepisów ustawy, które mogło mieć wpływ na jego wynik.

Mając na uwadze powyższe argumenty wnosimy jak na wstępie.

Z poważaniem,