

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 11 sierpnia 2017 r.

Po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 4 lipca 2017 r. zgłoszonych przez pełnomocnika ustanowionego przez Lidera - Szpital Specjalistyczny im. J. Dietla w Krakowie - zamawiających:

1. Zespół Zakładów Opieki Zdrowotnej w Czarnkowie,
2. Samodzielny Publiczny Zespół Zakładów Opieki Zdrowotnej w Staszowie,
3. Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Kępnie,
4. Szpital Specjalistyczny Ducha Świętego w Sandomierzu,
5. Szpital Specjalistyczny im. J. Dietla w Krakowie,
6. Zespół Opieki Zdrowotnej w Gnieźnie,

Supra Holding S.A. z Wrocławia (obecnie KPSZW SA), dotyczących wyniku kontroli doraźnej z dnia 27 czerwca 2017 r., Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych postępowania o udzielenie zamówienia pn. „Dostawa antybiotyków” – znak: SGZ/1/10A/2015, przeprowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego,

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Członkowie: Emil Kuriata

Aneta Młacka

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia nie zasługują na uwzględnienie.

Uzasadnienie

W Informacji o wyniku kontroli (pismo z dnia 27/06/2017r. znak: UZP/DKD/KND/25/17) Kontrolujący podał, że w wyniku przeprowadzonej przez Prezesa UZP kontroli doraźnej, na podstawie art. 154 pkt 11 oraz art. 161 ust. 1 związku z art. 165 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.), stwierdzono następujące nieprawidłowości;

1. Niniejsze postępowanie o udzielenie zamówienia zostało przeprowadzone przez pełnomocnika w imieniu grupy zamawiających (6 podmiotów). Zamawiający ustanowili na podstawie art. 16 ust. 1 ustawy Pzp lidera postępowania, który następnie przekazał swoje kompetencje pełnomocnikowi - spółce Supra Holding S.A. Przedmiotem zamówienia była dostawa antybiotyków. O ustanowieniu pełnomocnika poinformowano wykonawców w treści SIWZ w pkt I, w którym wskazano, iż pełnomocnictwo obejmuje w szczególności umocowanie do: powoływania komisji przetargowej i opracowania regulaminu jej pracy, wyboru najkorzystniejszej oferty i zawarcia umów w sprawie zamówienia publicznego, występowania przed organami władzy publicznej i innymi właściwymi organami oraz sądami w związku z rozpatrywaniem odwołań i skarg. Jednocześnie w SIWZ w pkt XVIII, zatytułowanym „Wynagrodzenie dla pełnomocnika zamawiającego” wskazano, że „wykonawca, którego oferta zostanie wybrana jako najkorzystniejsza, zobowiązany jest, nie później niż z chwilą zawarcia umowy z każdym z Zamawiających (wskazanych w Rozdz. I pkt 1 SIWZ), do zawarcia umowy o współpracy z pełnomocnikiem Zamawiających - Supra Holding S.A. z siedzibą we Wrocławiu, który przygotował i prowadzi niniejsze postępowanie oraz będzie świadczyć usługi na rzecz Wykonawcy w trakcie realizacji zamówienia”. Z postanowień ww. rozdziału SIWZ wynikało, iż opłata z tytułu czynności pełnomocnika miała zostać określona w wysokości 3 % wartości zamówienia brutto, powiększonego o należną stawkę podatku VAT, a zobowiązanie do jej uiszczenia obciążało wykonawcę. Natomiast maksymalna wysokość wynagrodzenia od dostaw na rzecz każdego z zamawiających została określona na kwotę stanowiącą równowartość 30.000 euro netto, wyliczonej według kursu określonego w aktualnym na dzień zawarcia umowy rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów w sprawie średniego kursu złotego w stosunku do euro, stanowiącego podstawę przeliczania wartości zamówień publicznych. Ponadto, jako załącznik nr 7 do SIWZ zatytułowany „Umowa o współpracy”, dołączony został wzór umowy określającej relacje pomiędzy pełnomocnikiem zamawiającego a wykonawcą wyłonionym w postępowaniu. Wskazane wyżej regulacje określały dodatkowe obowiązki wykonawców, z którymi zawarte będą umowy w sprawie zamówienia publicznego w poszczególnych pakietach oraz wprost odnosiły się do sposobu realizacji zamówienia. Ponadto w toku prowadzonego postępowania Zamawiający wyjaśnił, że „nie uwzględnił kwoty wynagrodzenia pełnomocnika przy szacowaniu wartości zamówienia, ponieważ przedmiotem zamówienia nie był wybór pełnomocnika, a była nim dostawa antybiotyków. W szczególności

podkreślenia wymaga fakt, że z tytułu ustanowienia pełnomocnika Zamawiający nie poniósł żadnych kosztów. Nie doszło zatem do zawarcia odpłatnej umowy zawartej pomiędzy zamawiającym a wykonawcą, czyli de facto nie doszło do zamówienia publicznego. Kosztami tymi zamawiający nie obciążył również wykonawców". Z § 1 pkt 3 umowy współpracy wynika, że pełnomocnik miał wspierać Wykonawcę i Zamawiających we wzajemnych rozliczeniach w zakresie ich prawidłowości i terminowości oraz na życzenie pośredniczyć w negocjacjach pomiędzy nimi w rozwiązywaniu kwestii spornych. Z kolei § 2 pkt 1 wskazuje, że wykonawca miał wypłacać wynagrodzenie pełnomocnikowi z tytułu „doprowadzenia do udzielenia Zamówienia na rzecz Wykonawcy i zawarcia przez Zamawiających z wykonawcą na dostawę oraz za świadczenie usług wymienionych w § 1 a także w celu pokrycia kosztów administracyjnych ponoszonych przez pełnomocnika". W toku prowadzonego postępowania, wykonawcy zwracali się do zamawiającego w trybie wskazanym w art. 38 ustawy o wykreślenie wymogów dotyczących zawarcia umowy z pełnomocnikiem. Dalej podano, że „Opis przedmiotu zamówienia stanowi zawarte w SIWZ i ogłoszeniu o zamówieniu określenie parametrów i cech zamawianej dostawy, usługi lub roboty budowlanej wraz z oczekiwanym sposobem ich świadczenia i skorelowane z nim obowiązki wykonawcy. Zgodnie z art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, opis przedmiotu zamówienia winien być sporządzony w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Jednocześnie przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Zamawiający posiada uprawnienie do kształtowania opisu przedmiotu zamówienia zgodnie z jego potrzebami, jednak nie oznacza to prawa do zupełnie dowolnego kształtowania wymagań (w tym warunków umowy), w szczególności w zakresie, który mógłby prowadzić do obciążenia wykonawcy w stopniu wykraczającym ponad uzasadnione potrzeby zamawiającego i wykroczenia poza cel udzielania danego zamówienia. Zamawiający jest ograniczony w swobodzie precyzowania swoich wymagań co do przedmiotu zamówienia warunkiem, by te wymagania miały uzasadnienie w jego potrzebach, a zakładanego celu udzielania zamówienia zamawiający nie mógł osiągnąć w inny sposób. Opis przedmiotu zamówienia nie może bowiem powodować nieuzasadnionych przeszkód w otwarciu zamówień publicznych na konkurencję. Zamawiający kształtując treść umowy nie może także zasłaniać się swobodą w zawieraniu umów, gdyż zgodnie z obowiązującymi przepisami nie można czynić ze swego prawa użytku, który byłby sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub zasadami współzycia społecznego. Zamawiający jako podmiot uprawniony do właściwie jednostronnego kształtowania treści umowy o zamówienie publiczne, nie może zatem swego prawa podmiotowego nadużywać. Swoboda kontraktowania sprowadza się na gruncie zamówień publicznych do swobody wzięcia udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia na warunkach określonych przez

zamawiającego, zaś równość stron stosunku zobowiązaniowego polega na wzajemnej ekwiwalentności świadczeń”. Kontrolujący wskazał, że zgodnie z art. 2 pkt 13 ustawy Pzp, poprzez zamówienia publiczne należy rozumieć umowy odpłatnie zawierane między zamawiającym a wykonawcą, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane. Tym samym, zamówieniem publicznym jest świadczenie przez wykonawcę na rzecz zamawiającego usług, dostaw lub robót budowlanych za wynagrodzeniem. Definicja ta nie obejmuje swoim zakresem stosunków prawnych zawieranych pomiędzy wykonawcą a innymi podmiotami niż zamawiający. Mając na uwadze powyższe, podkreślił należy, że naruszenie zasady uczciwej konkurencji określonej w art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 2 ustawy Pzp z uwagi na niewłaściwe opisanie przedmiotu zamówienia zachodzi między innymi w sytuacji, gdy zamawiający opisze wymagania dotyczące realizacji przedmiotu zamówienia w sposób nie związany z samym jego przedmiotem oraz z celem, który nie znajduje uzasadnienia w obiektywnych potrzebach zamawiającego. Zamawiający nie może w szczególności wymagać od wykonawców takiej realizacji przedmiotu zamówienia, w tym obowiązków dodatkowych mu towarzyszących, która pozostaje bez związku z celem, któremu ma służyć samo zamówienie, a której określenie powoduje ograniczenie lub wręcz eliminuje konkurencję na rynku. Interes zamawiającego realizowany w ramach poszczególnych postępowań przetargowych i stanowiący niejednokrotnie uzasadnienie do ograniczenia konkurencji na rynku musi wynikać z obiektywnych potrzeb zamawiającego, realizowanych w interesie publicznym, których waga jest na tyle znacząca, iż uzasadnia ograniczenie wykonawcom dostępu do rynku. Analiza potrzeb zamawiającego musi następować w realiach konkretnego zamówienia publicznego, zaś sam zamawiający winien w sposób klarowny, a co najważniejsze przekonujący swoje potrzeby przedstawić i uprawdopodobnić. Podkreślił również, że zamawiający zgodnie z art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, jest obowiązany opisać przedmiot zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, w tym w szczególności precyzyjnie i wyczerpująco określić obowiązki wszystkich stron umowy. Stanowisko zamawiającego nie może ograniczyć się do niczym niepopartych ogólnych stwierdzeń o pełnionej bliżej niesprecyzowanej funkcji przez pełnomocnika, po wyborze najkorzystniejszej oferty i zawarciu umowy. Przenosząc powyższe rozważania na grunt przedmiotowej sprawy należy stwierdzić, że w niniejszym postępowaniu przedmiotem zamówienia była dostawa antybiotyków na rzecz poszczególnych Zamawiających bezpośrednio do ich siedziby. Umowy dotyczące realizacji zamówienia były zawierane pomiędzy poszczególnymi Zamawiającymi a wykonawcami. Rozliczenia, zgodnie z regulacjami wynikającymi z ww. umów prowadzone były również bezpośrednio pomiędzy wykonawcami a poszczególnymi Zamawiającymi. W kontekście powyższych ustaleń, umieszczonego w SIWZ obowiązku zawarcia dodatkowej umowy przez wybranego wykonawcę z pełnomocnikiem zamawiającego wraz z przejęciem ciężaru uiszczenia zapłaty prowizji dla tego pełnomocnika za działania podejmowane w postępowaniu, nie sposób uznać

za związanego z przedmiotem zamówienia, jakim była dostawa leków. Niewątpliwie bowiem możliwe było przeprowadzenie postępowania oraz udzielenie przedmiotowych zamówień bez pośrednictwa podmiotu trzeciego. Ustanowienie w przedmiotowym postępowaniu pełnomocnika do jego przeprowadzenia pozostawało bez związku z jego przedmiotem (dostawa leków) jak również nie wpływało na sposób świadczenia dostawy przez wykonawcę. Jednocześnie, przyczyny organizacyjne występujące po stronie zamawiających, związane z koniecznością powołania pełnomocnika pozostają bez związku z przedmiotem zamówienia i nie mogą skutkować negatywnymi konsekwencjami dla wykonawców w zakresie związanym z realizacją umowy w sprawie zamówienia publicznego. Wskazał również, że zakres zadań pełnomocnika został określony w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący i został sprowadzony do ogólnych i lakonicznych twierdzeń, z których część miała charakter warunkowy. Pełnomocnik miał bowiem „wspierać” Wykonawcę i Zamawiających we wzajemnych rozliczeniach w zakresie ich prawidłowości i terminowości oraz „na życzenie” pośredniczyć w negocjacjach pomiędzy nimi w rozwiązywaniu kwestii spornych. Z powyższych zapisów nie wynika, za co dokładnie wykonawca obowiązany był uiścić wynagrodzenie na rzecz pełnomocnika. Tak określonego zakresu obowiązków pełnomocnika wskazanego w SIWZ nie można zatem uznać za wypełniającą dyspozycję art. 29 ust. 1 ustawy Pzp. Ponadto, relacja prawna pomiędzy wykonawcą a pełnomocnikiem ustanowionym przez zamawiającego nie miała charakteru zamówienia publicznego, bowiem nie polegała na świadczeniu dostaw, usług czy robót budowlanych przez wykonawcę na rzecz zamawiającego. Przeciwnie, to wykonawca miał uiścić wynagrodzenie w określonej wysokości na rzecz pełnomocnika w zastępstwie zamawiającego. Mamy zatem do czynienia z sytuacją, w której doszło do połączenia stosunku prawnego łączącego wykonawcę i zamawiającego (szpital) wynikającego z udzielanego zamówienia publicznego z wymogiem nawiązania innego stosunku prawnego łączącego wykonawcę i podmiot trzeci (pełnomocnika). Przy czym należy wskazać, że powyższe połączenie w znaczący sposób oddziaływało na aspekt związany z samym zamówieniem publicznym, w tym decydowało o zainteresowaniu złożeniem oferty i sposobie kalkulacji ceny oraz w konsekwencji eliminowało podmioty niezainteresowane ponoszeniem dodatkowych kosztów realizacji zamówienia, a tym samym ograniczało konkurencję na rynku dostawców leków. Wykonawcy zostali bowiem zmuszeni do opłacenia usług pełnomocnika zamawiającego mimo, iż koszty te winny obciążać samego zamawiającego (proporcjonalnie poszczególne szpitale) zgodnie z naturą tego stosunku, polegającą na podejmowaniu czynności na rzecz zamawiającego. Należy bowiem zauważyć, iż relacja pomiędzy zamawiającym a ustanowionym przez niego pełnomocnikiem ma charakter samoistny i funkcjonuje niezależnie od relacji pomiędzy zamawiającym a wykonawcą. To Zamawiający winien w ramach umowy stanowiącej podstawę udzielenia pełnomocnictwa uregulować kwestię wynagrodzenia pełnomocnika. Pełnomocnik Zamawiających opisując

wymagania w zakresie realizacji przedmiotu zamówienia wymusił na wykonawcy zawarcie dodatkowej umowy związanej (pakietowej), gdyż wykonawca zainteresowany złożeniem oferty był zmuszony zaakceptować odrębną umowę z pełnomocnikiem Zamawiającego, która pozostawała bez związku z przedmiotem zamówienia jakim była dostawa antybiotyków, a jej treść dodatkowo została narzucona przez zamawiającego. Na marginesie należy wskazać, że opisane wyżej działanie mogłoby również zostać uznane za niedopuszczalne na gruncie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów z dnia 16 lutego 2007 r. (t.j. Dz. U. z 2015, poz. 184 ze zm.), zwanej dalej „uokik”. Zgodnie z art. 6 ust. 1 pkt 5 uokik, zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające w szczególności na uzależnieniu zawarcia umowy od przyjęcia lub spełnienia przez drugą stronę innego świadczenia, niemającego rzeczowego ani zwyczajowego związku z przedmiotem umowy. Mając powyższe na uwadze, wskazał, że działanie zamawiającego stanowiło naruszenie art. 29 ust. 1 i 2, art. 7 ust. 1 w zw. z art. 2 pkt 13 ustawy Pzp.

2. W toku kontroli doraźnej, w oparciu o przekazaną dokumentację postępowania, stwierdzono, iż ustalenia wartości zamówienia na kwotę 2.950.771, 37 zł (698.423, 95 euro) dokonano w dniu 23 lipca 2015 r. Przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia zostało natomiast wszczęte w dniu 3 sierpnia 2015 r. Z kolei w dniu 20 sierpnia 2015 r., w związku z dokonywanymi modyfikacjami SIWZ dotyczącymi przedmiotu zamówienia, Zamawiający dokonał zmiany wartości zamówienia na kwotę 2 932 020,37 zł (693 985,74 euro). W odniesieniu do powyższego wskazano, że zgodnie z art. 35 ust. 2 ustawy Pzp, jeżeli po ustaleniu wartości zamówienia nastąpiła zmiana okoliczności mająca wpływ na dokonane ustalenie, zamawiający przed wszczęciem postępowania dokonuje zmiany wartości zamówienia. Mając na uwadze powyższe, Kontrolujący stwierdził, że zamawiający dokonując w przedmiotowym postępowaniu zmiany wartości zamówienia po wszczęciu postępowania naruszył dyspozycję art. 35 ust. 2 ustawy Pzp.

3. Postępowanie było prowadzone przez grupę zamawiających, udzielających zamówień na warunkach wskazanych w art. 16 ustawy Pzp. Zamawiający wyznaczyli spośród siebie tzw. Lidera postępowania, który został umocowany do udzielania dalszego pełnomocnictwa i udzielił go spółce Supra Holding S.A. Z informacji zawartych w protokole postępowania o udzielenia zamówienia wynika, że ogłoszenie o zamówieniu oraz informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty zostały zamieszczone na tablicy ogłoszeń pełnomocnika - spółki Supra Holding S.A. Ogłoszenie o zamówieniu i informacja o wyborze oferty nie zostały natomiast zamieszczone w siedzibie i na stronie internetowej żadnego z ww. zamawiających. Kontrolujący wskazał, że art. 16 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że Zamawiający mogą wspólnie przeprowadzić postępowanie i udzielić zamówienia, wyznaczając spośród siebie zamawiającego upoważnionego do przeprowadzenia postępowania i udzielenia zamówienia

w ich imieniu i na ich rzecz. Z kolei art. 16 ust. 5 ustawy Pzp stanowi, że przepisy dotyczące zamawiającego stosuje się odpowiednio do zamawiających, o których mowa w ust. 1. Stosownie do treści art. 40 ust. 1 ustawy Pzp, Zamawiający wszczyna postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego, zamieszczając ogłoszenie o zamówieniu w miejscu publicznie dostępnym w swojej siedzibie oraz na stronie internetowej. Z kolei art. 92 ust. 2 w brzmieniu obowiązującym w dacie prowadzenia kontrolowanego postępowania nakładał na zamawiającego obowiązek zamieszczenia informacji wskazanych w art. 91 ust. 1 pkt 1 w miejscu publicznie dostępnym w siedzibie zamawiającego. Powyższe regulacje wskazują, że w przypadku prowadzenia postępowania i udzielania zamówienia wspólnie przez kilku zamawiających wszyscy oni odpowiadają w takim samym stopniu za wypełnienie dyspozycji wynikającej z art. 40 ust. 1 i art. 92 ust. 2 ustawy Pzp, tj. za opublikowanie ogłoszenia o zamówieniu oraz informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty w swojej siedzibie. Obowiązku tego nie znosi fakt ustanowienia pełnomocnika w postępowaniu i zamieszczenia wskazanych wyżej informacji w jego siedzibie”. Reasumując, organ kontrolujący stwierdził, że zamawiający, w ustalonym stanie faktycznym sprawy, zamieszczając ogłoszenie wyłącznie na tablicy ogłoszeń pełnomocnika, naruszyli art. 40 ust. 1 oraz art. 92 ust. 2 ustawy Pzp.

Poinformował ponadto, że od wyniku kontroli doraźnej zamawiającemu przysługuje prawo zgłoszenia do Prezesa Urzędu umotywowanych zastrzeżeń w terminie 7 dni od dnia doręczenia informacji o wyniku kontroli (art. 167 ust. 1 ustawy Pzp).

Zamawiający w piśmie z dnia 4 lipca 2017 r. wniósł zastrzeżenia do Wyniku kontroli doraźnej podnosząc:

(1) W zakresie pierwszego naruszenia - art. 29 ust. 1 i 2, art. 7 ust. 1 w zw. z art. 2 pkt 13 ustawy Pzp - stwierdził, że (...) W ocenie KPSZW S.A. w wyniku niezrozumienia modelu działania pełnomocnika zamawiających błędnie przyjęto naruszenie wskazanych powyżej przepisów ustawy Pzp. Opis przedmiotu zamówienia, czyli podstawowy element specyfikacji istotnych warunków zamówienia jest niezbędny do prawidłowego oszacowania wartości zamówienia, co w konsekwencji warunkuje wybór trybu postępowania i odpowiedniej procedury udzielenia zamówienia. Zasady dokonywania opisu przedmiotu zamówienia określone w art. 29 ustawy Pzp zobowiązują Zamawiającego do opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny, wyczerpujący, co oznacza, że wykonawcy nie mogą mieć wątpliwości, co jest przedmiotem zamówienia i w jakim zakresie”. Wskazał na orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej: sygn. KIO/UZP 224/08 i sygn. KIO/UZP 224/08. Dalej podał, że zgadza się ze stanowiskiem: (...), że Zamawiający może kształtować opis przedmiotu zamówienia zgodnie ze swoimi potrzebami. W opisie przedmiotu zamówienia uwzględnione

zostały potrzeby wszystkich biorących udział w postępowaniu zamawiających. Podkreślić należy, że istotą wspólnego przeprowadzenia postępowania i jego głównym celem było skumulowanie w jednym przetargu stosunkowo dużego wolumenu, a w konsekwencji planowane znaczne obniżenie cen leków. Biorąc pod uwagę, że grupę zamawiających stanowiły podmioty lecznicze oraz z uwagi na znaną powszechnie trudną sytuację służby zdrowia, taki, jak miał miejsce, sposób przeprowadzenia postępowania znajdował, w ocenie zamawiających, uzasadnienie ekonomiczne. Odpierając zarzut Urzędu - z uwagi na status zamawiającego, który jest podmiotem publicznym i podlega przepisom ustawy o dyscyplinie finansów publicznych, a także obostrzeniom ustawy Pzp nakazującej dokonywać zakupów w sformalizowanej procedurze, zamawiający nie mógł osiągnąć swojego celu w postaci obniżenia cen w inny sposób, jak poprzez udział w zakupach grupowych. Prawo takie daje zamawiającemu ustawa Pzp i z prawa tego zamawiający skorzystał. Przedmiot zamówienia w niniejszym postępowaniu został dokładnie opisany, uwzględnił wszystkie istotne dla potencjalnego wykonawcy informacje tak, aby mógł on dokonać wyceny świadczonej przez siebie usługi. Jak słusznie zauważono w treści informacji pokontrolnej umowa o zamówienie publiczne, zgodnie z definicją zawartą w art. 2 pkt 13 ustawy Pzp, jest umowa odpłatą zawieraną między zamawiającym i wykonawcą. Nie ma również wątpliwości co do tego, że umowa zawierana pomiędzy wykonawcą wyłonionym w postępowaniu i pełnomocnikiem zamawiających nie jest umowa o udzielenie zamówienia publicznego. Rozpatrując okoliczności niniejszej sprawy tę zasadniczą kwestię przede wszystkim należało uwzględnić, formułując wnioski z przeprowadzonej kontroli. Skoro umowa taka nie jest umową w sprawie zamówienia publicznego, to zamawiający nie mógł uwzględnić jej postanowień w opisie przedmiotu zamówienia, ani szacując wartość zamówienia. W przeciwnym wypadku naraziłby się właśnie na zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 i 2, art. 7 ust. 1 oraz art. 32 ust. 1 ustawy Pzp. Warunki umowy pomiędzy wykonawcą a pełnomocnikiem ukształtowane zostały na zasadzie swobody umów. Informacja dotycząca obowiązku zawarcia tej umowy została zawarta w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, podobnie jak udostępniono potencjalnym wykonawcom treść przedmiotowej umowy. Zamawiający w sposób wyczerpujący określił zasady udziału w postępowaniu. Zamawiający, określając warunki umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz opisując przedmiot zamówienia, dokonał tego w sposób prawidłowy, zgodnie z ustawą Pzp. Nie naruszył również zasady zakazu opisywania przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, bowiem przedmiotem zamówienia nie była umowa wykonawcy z pełnomocnikiem zamawiających. Ponadto nie zawsze opisanie przedmiotu zamówienia w taki sposób, iż nie wszyscy wykonawcy będą zdolni do jego wykonania, stanowić będzie naruszenie zasady uczciwej konkurencji" (orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 lipca 2013 r., sygn. KIO 1550/13). W konsekwencji tego zarzutu wskazano również na naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy

Pzp, czyli naruszenia zasady uczciwej konkurencji. W ocenie KPSZW S.A. zarzut ten jest wygórowany i nieadekwatny do stanu faktycznego, który był przedmiotem przeprowadzonej kontroli. Zgodnie z treścią wspomnianego przepisu „Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości”. Zasada zachowania uczciwej konkurencji powinna być interpretowana w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 1 kwietnia 2004 r., sygn. V Ca 1661/03). Zgodnie z art. 3 tej ustawy czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy. W przedmiotowym postępowaniu okoliczności niniejszej sprawy nie wyczerpują tej definicji. Ponadto, ustawa Pzp nie zakazuje ustanawiania wynagrodzenia dla pełnomocnika zamawiającego będącego osobą trzecią. Określenie zasad udziału w postępowaniu i wskazanie sposobu wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w kontekście przepisów ustawy Pzp nie należy traktować jako ograniczenie konkurencji. Wskazać należy, że wykonawcy zostali poinformowani o zasadach udziału w postępowaniu i mieli prawo swobodnie podjąć decyzję o swoim udziale. Składając ofertę w postępowaniu, wyrazili akceptację jego warunków. Wykonawca, na którego wniosek wszczęto procedurę kontrolną, również zasady postępowania przetargowego początkowo zaakceptował, dopiero po wyborze jego oferty jako najkorzystniejszej odmówił podpisania umowy z pełnomocnikiem Zamawiającego. Wskazał ponadto, że zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej Zamawiający, działając w granicach określonych przepisami prawa, ma prawo sprecyzować przedmiot zamówienia o określonych minimalnych standardach jakościowych i technicznych. Okoliczność o charakterze notoryjnym, że nie wszyscy wykonawcy dysponują produktem spełniającym wymagania Zamawiającego opisane w specyfikacji i mogą go zaoferować oraz, że wymagania techniczne są trudne do spełnienia przez niektórych wykonawców, nie oznacza, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone w sposób utrudniający zachowanie uczciwej konkurencji (orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 kwietnia 2008r. sygn. KIO/UZP 236/08)”. Dalej podkreślił, że rozpatrując okoliczności niniejszej sprawy nie uwzględnili Państwo, że określając zasady postępowania, Zamawiający kierował się potrzebami całej grupy zakupowej. Na wynik przeprowadzonej kontroli wpływ ma również niezrozumienie modelu działania pełnomocnika Zamawiającego”. Jego zdaniem prezentowana (...) interpretacja jest błędna, ponieważ stoi w opozycji do treści art. 15 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, a także art. 14 ust. 1 ustawy Pzp. Przepisy ustawy w brzmieniu z dnia prowadzenia postępowania dopuszczały prowadzenie postępowania przez pełnomocnika będącego osobą trzecią. Zamawiający mógł powierzyć przygotowanie lub przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia własnej jednostce organizacyjnej lub osobie trzeciej.

W sytuacji powierzenia tych czynności osobie trzeciej, a więc podmiotowi niezwiązanemu organizacyjnie z zamawiającym, tak jak miało to miejsce w niniejszym stanie faktycznym, zakres powierzonych czynności uzależniony był od decyzji zamawiającego. Możliwość takiego powierzenia odnosi się również do wspólnego przeprowadzenia i udzielenia zamówienia przez grupę zamawiających. Zgodnie z treścią art. 16 ustawy Pzp, w brzmieniu na dzień prowadzenia postępowania, w celu udzielenia zamówienia wspólnego zamawiający powinni wyznaczyć spośród siebie zamawiającego upoważnionego do przeprowadzenia postępowania i udzielenia zamówienia w ich imieniu i na ich rzecz. Zamawiający taki działa jako pełnomocnik pozostałych zamawiających udzielających zamówienia wspólnego. Zgodnie z art. 106 Kodeksu cywilnego pełnomocnik ten jest umocowany do ustanowienia na rzecz swoich mocodawców innych pełnomocników, gdy umocowanie do tego wynika z treści samego pełnomocnictwa, ustawy lub stosunku będącego podstawą pełnomocnictwa. W przedmiotowej sytuacji każdy z zamawiających, udzielając pełnomocnictwa wybranemu spośród nich zamawiającemu, umocowuje go jednocześnie do ustanowienia dalszego pełnomocnika. Z koncepcją tą zgadza się również Krajowa Izba Odwoławcza, w której ocenie dopuszczalna jest sytuacja, w której zamawiający udzielający wspólnie zamówienia upoważnią wyznaczonego przez siebie zamawiającego do udzielenia pełnomocnictwa osobie trzeciej np. podmiotowi profesjonalnie zajmującemu się przygotowaniem postępowań przetargowych w zakresie przygotowania i prowadzenia zamówienia (wyrok KIO z dnia 25 kwietnia 2013r. sygn. KIO 827/13 i KIO 832/13). Ponadto zgodnie ze stanowiskiem Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 19 grudnia 2006r. (UZP/DP/O-RJE/132048/31889/06) pojęcie osoby trzeciej należy rozumieć i interpretować zgodnie z treścią Kodeksu cywilnego. Na jego gruncie osoba trzecia jest podmiotem odrębnym i zewnętrznym wobec stron czynności cywilnoprawnej. KPSZW S.A. jako podmiot w sposób profesjonalny przygotowujący i przeprowadzający postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pozostaje podmiotem niezależnym i odrębnym od stron umowy o udzielenie zamówienia publicznego. Model takiego działania funkcjonuje już od dawna w postępowaniach przetargowych prowadzonych w innych krajach Unii Europejskiej. Zakupy grupowe funkcjonują w nich już od wielu lat i są powszechnie stosowane. Pełnomocnik grupy zakupowej otrzymuje wynagrodzenie za doprowadzenie do zawarcia umowy oraz zarządzanie i administrowanie całym procesem ich organizowania. Państwem posługującym się formą zakupów grupowych jest przykładowo Wielka Brytania (link do postępowania opublikowany w suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej. (...)). Na terenie Polski rozwiązanie takie w chwili obecnej pojawia się coraz częściej, przede wszystkim z uwagi na fakt korzyści jakie płyną z tego rozwiązania dla członków grupy zakupowej. Na polskim rynku, obok naszej spółki, działają również inne firmy organizujące zakupy grupowej na podobnych zasadach. Model takiego działania rozwija się na rynku. Świadczą one, podobnie jak nasza spółka, usługi na rzecz podmiotów z sektora służby

zdrowia. Dotychczasowa praktyka pokazuje bowiem, że wspólne zakupy dla podmiotów z tego sektora są w ich interesie i przyczyniają się do dokonywania korzystnych zakupów, między innymi dotyczy to leków i sprzętu medycznego. Powołanie pełnomocnika w niniejszym postępowaniu miało na celu skorzystanie z jego doświadczenia i wiedzy w celu połączenia potrzeb wszystkich uczestników grupy zakupowej i zawarcia przez poszczególnych Zamawiających umów na korzystnych warunkach finansowych. Głównym przecież celem grupy zakupowej było osiągnięcie oszczędności. W kontekście obecnej kondycji finansowej publicznych podmiotów leczniczych intencja oraz cel powołania pełnomocnika w niniejszym postępowaniu jest jak najbardziej zrozumiała i ma swoje uzasadnienie, bowiem zamierzony cel został osiągnięty. Zakres zadań pełnomocnika został we wzorze umowy określony w sposób ogólny, bowiem każdorazowe konkretne określanie tych czynności byłoby niemożliwe. Ich zakres kształtowany był przez okoliczności towarzyszące realizacji umowy zawartej przy udziale pełnomocnika. Ten element, z uwagi na powyżej przedstawioną argumentację, nie mógł znajdować się w treści opisu przedmiotu zamówienia. Z przepisów ustawy Pzp nie można wnioskować, aby koszty ustanowienia pełnomocnika ponosić miał tylko i wyłącznie Zamawiający. Mało tego, ustawa Pzp w ogóle milczy na ten temat, pozwalając jednocześnie na zasadzie art. 14 ust. 1 sięgnąć po przepisy kodeksu cywilnego”. Wobec powyższego stwierdził, że (...) w ocenie KPSZW S.A. wnioski Prezesa Urzędu dotyczące samego faktu powołania przez zamawiających pełnomocnika, jak i zasad jego wynagrodzenia stanowią nadinterpretację obowiązujących przepisów”.

(2) W zakresie naruszenia art. 35 ust. 2 ustawy Pzp wskazał (...), że zmiana wartości przedmiotu zamówienia nastąpiła po wszczęciu postępowania o udzielenie zamówienia. Nastąpiła bowiem zmiana okoliczności mających wpływ na dokonane ustalenie. Zmiana tychże okoliczności spowodowana była rezygnacją zamawiających z jednej z pozycji KPSZW S.A. leków, co spowodowało zmniejszenie wartości przedmiotu zamówienia. Rezygnacja zaś była konsekwencją otrzymania informacji w trakcie toczącego się postępowania, że powyższy lek został wycofany z produkcji. Przepis art. 35 ust. 2 ustawy Pzp odnosi się do sytuacji przed wszczęciem postępowania, natomiast analizowany stan faktyczny dotyczy postępowania, które się już toczyło. Zgodnie zaś z art. 38 ust. 4 ustawy Pzp Zamawiający mógł dokonać zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ponieważ zaistniał ku temu uzasadniony przypadek. Ponadto zmiana wartości przedmiotu zamówienia była nieznaczna i nie spowodowała zmiany trybu postępowania. Zamawiający podjął również wszystkie wymagane ustawą Pzp w tej sytuacji czynności, tj. zmienił treść SIWZ, zmienił ogłoszenie o zamówieniu, w tym zmienił kwotę wymaganego wadium. W związku z tym, zarzut naruszenia art. 35 ust. 2 ustawy Pzp jest bezpodstawny”.

(3) W zakresie naruszenia art. 40 ust. 1 i art. 92 ust. 2 ustawy Pzp wskazał (...), że na podstawie art. 16 ustawy Pzp Zamawiający wspólnie przygotowali i przeprowadzili postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, wyznaczając spośród siebie Zamawiającego upoważnionego do wykonania tych czynności. Wyznaczony zamawiający został nazwany w przedmiotowym postępowaniu przetargowym „liderem”. Na podstawie art. 15 ust. 2 ustawy Pzp, w stanie prawnym obowiązującym na dzień prowadzenia postępowania, Zamawiający - będący liderem postępowania - powierzył przygotowanie i przeprowadzenie postępowania osobie trzeciej, ustanawiając ją pełnomocnikiem. Konsekwencją powierzenia tychże czynności było przeniesienie na pełnomocnika zamawiającego obowiązku wykonania wszystkich czynności, które wykonać mieli Zamawiający, a których interesy reprezentował. Wynika to wprost z samej funkcji pełnomocnictwa. Pełnomocnictwo zaś obejmowało umocowanie do przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w imieniu i na rzecz zamawiających, a więc do dokonania wszelkich czynności, jakie ustawa nakłada na zamawiającego w celu zgodnego z prawem przeprowadzenia postępowania. Do tych czynności należało, m.in. wykonanie obowiązku przewidzianego w art. 40 ust. 1 ustawy Pzp, czyli zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu w miejscu publicznie dostępnym w swojej siedzibie oraz na stronie internetowej oraz art. 92 ust. 2 Pzp, czyli zamieszczenia niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty informacji wskazanych w treści tego przepisu na stronie internetowej oraz w miejscu publicznie dostępnym w swojej siedzibie. Pełnomocnik Zamawiającego wykonał ten obowiązek zamieszczając stosowne informacje na swojej stronie internetowej i w swojej siedzibie. Obowiązki wynikające ze wskazanych powyżej przepisów zostały wykonane prawidłowo”. W jego ocenie (...) błędnie przyjęto, że doszło do naruszenia prawa.

W podsumowaniu zwrócił uwagę, że (...) uzasadnienie informacji Prezesa Urzędu zawiera fragmenty zapisów specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wyrwane z kontekstu. Przykładem takiego działania jest wskazanie zakresu pełnomocnictwa KPSZW S.A. odnoszące się tylko do poszczególnych czynności (str. 2 pisma), natomiast przemilczany jest fakt, że pełnomocnictwo to obejmowało umocowanie do przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia, a więc do dokonania wszelkich czynności przewidzianych przez ustawę Pzp, co ma zasadnicze znaczenie w rozpatrywanym stanie faktycznym. Na str. 3 pisma wskazano na przykład, że: „W toku prowadzonego postępowania, wykonawcy zwracali się do zamawiającego w trybie wskazanym w art. 38 ustawy o wykreślenie wymogów dotyczących zawarcia umowy z pełnomocnikiem”. Nie wyjaśniono jednak, że pytanie dotyczyło wynagrodzenia dla lidera, a nie pełnomocnika zamawiających. W świetle argumentacji Urzędu, takie „niedopowiedzenie” stawia sprawę w zupełnie innym świetle. Dalej, na tej samej stronie, jest mowa „o opłacie” z tytułu czynności pełnomocnika,

podana jest również jej wysokość. Tymczasem, umowa z pełnomocnikiem przewiduje wynagrodzenie, a nie opłatę, co jest istotną różnicą. Urząd nie wspomina również o innym zapisie umowy, który stanowi, że wynagrodzenie zostanie obliczone na podstawie rzeczywiście zrealizowanych dostaw na rzecz danego Zamawiającego, co w świetle zarzutu „wręcz eliminowania konkurencji na rynku”, czyni tę argumentację co najmniej wątpliwą. Urząd ma rację, że: „Niewątpliwie bowiem możliwe było przeprowadzenie postępowania oraz udzielenie zamówień bez pośrednictwa podmiotu trzeciego.” W tym miejscu nie sposób nie zadać pytania, jaki cel przyświecał ustawodawcy, który w ustawie Prawo zamówień publicznych ustanowił przepis art. 15 ust. 2 oraz 16 ust. 1 ?”. Wniósł przedstawionych zastrzeżeń z uwagi na zastosowaną argumentację, o ich uwzględnianie.

Odnosząc się do zastrzeżeń Prezes Urzędu stwierdził, że:

I.(...) argumenty Zamawiającego przytoczone w zastrzeżeniach od wyniku kontroli nie są adekwatne do stanu faktycznego niniejszej sprawy i stwierdzonych w wyniku kontroli naruszeń. W Informacji o wyniku kontroli nie zakwestionowano bowiem prawa zamawiającego do powierzenia przygotowania lub przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia własnej jednostce organizacyjnej lub osobie trzeciej, o których mowa w art. 15 ust. 2 ustawy Pzp. Wątpliwości nie budzi również możliwość wspólnego przeprowadzenia i udzielenia, na podstawie art. 16 ust. 1 ustawy Pzp, postępowania o udzielenie zamówienia przez kilku zamawiających, którzy wyznaczają spośród siebie zamawiającego upoważnionego do przeprowadzenia postępowania i udzielenia zamówienia w ich imieniu i na ich rzecz. Nie była również przedmiotem kontroli Prezesa Urzędu ekonomiczna zasadność prowadzenia postępowania o udzielenie niniejszego zamówienia w sposób przewidziany ww. przepisami ustawy, jak również nie zakwestionowano określonych przez Zamawiającego „minimalnych standardów jakościowych i technicznych” odnoszących się do przedmiotu zamówienia. Również przytoczone przez Zamawiającego przykłady z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej nie dotyczą stanu faktycznego występującego w niniejszej sprawie, ponieważ przedmiotem zarzutów sformułowanych w Informacji o wyniku kontroli nie było żądanie przez Zamawiającego dostarczenia przez wykonawców produktu posiadającego trudne do spełnienia parametry, tylko opisanie sposobu świadczenia przedmiotu zamówienia (na który składa się również oczekiwany przez Zamawiającego sposób realizacji umowy) w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, w zakresie zobowiązania wybranego wykonawcy do zawarcia z pełnomocnikiem Zamawiającego odrębnej, nie związanej z przedmiotem zamówienia umowy oraz uiszczania na jego rzecz cyklicznie wynagrodzenia za usługi, których zakres jest niejasny do tego stopnia, iż budzi wątpliwości czy w ogóle jakiegokolwiek usługi byłyby przez pełnomocnika na etapie realizacji umowy faktycznie wykonywane, a jeżeli nawet tak, to czy ich wykonywanie byłoby na etapie realizacji umowy niezbędne, biorąc pod uwagę

przedmiot niniejszego zamówienia. Zakres zadań pełnomocnika został bowiem określony w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący i został sprowadzony do ogólnych i lakonicznych twierdzeń, z których część miała charakter warunkowy. Pełnomocnik miał bowiem „wspierać” Wykonawcę i Zamawiających we wzajemnych rozliczeniach w zakresie ich prawidłowości i terminowości oraz „na życzenie” pośredniczyć w negocjacjach pomiędzy nimi w rozwiązywaniu kwestii spornych. Z powyższych zapisów nie wynika, za co dokładnie wykonawca obowiązany był uiścić wynagrodzenie na rzecz pełnomocnika, które nie miało z kolei charakteru warunkowego. Tak określonego zakresu obowiązków pełnomocnika wskazanego w SIWZ nie można zatem uznać za wypełniającego dyspozycję art. 29 ust. 1 ustawy Pzp”. Dalej podał, że (...) w Informacji o wyniku kontroli, w niniejszym postępowaniu przedmiotem zamówienia była dostawa antybiotyków na rzecz poszczególnych Zamawiających bezpośrednio do ich siedziby. Umowy dotyczące realizacji zamówienia były zawierane pomiędzy poszczególnymi Zamawiającymi a wykonawcami. Rozliczenia, zgodnie z regulacjami wynikającymi z ww. umów prowadzone były również bezpośrednio pomiędzy wykonawcami a poszczególnymi Zamawiającymi. W kontekście powyższych ustaleń należy stwierdzić, że umieszczonego w SIWZ obowiązku zawarcia dodatkowej umowy przez wybranego wykonawcę z pełnomocnikiem zamawiającego wraz z przejściem ciężaru uiszczenia zapłaty prowizji dla tego pełnomocnika za działania podejmowane w postępowaniu, nie sposób uznać za związanego z przedmiotem zamówienia, jakim była dostawa leków. Ustanowienie w przedmiotowym postępowaniu pełnomocnika do jego przeprowadzenia pozostawało bez związku z jego przedmiotem (dostawa leków) jak również nie wpływało na sposób świadczenia dostawy przez wykonawcę. Jednocześnie, przyczyny organizacyjne występujące po stronie zamawiających, związane z koniecznością powołania pełnomocnika pozostają bez związku z przedmiotem zamówienia i nie mogą skutkować negatywnymi konsekwencjami dla wykonawców w zakresie związanym z realizacją umowy w sprawie zamówienia publicznego”. Wskazał, że (...) to Zamawiający winien w ramach umowy stanowiącej podstawę udzielenia pełnomocnictwa uregulować kwestię wynagrodzenia pełnomocnika. Pełnomocnik Zamawiających opisując wymagania w zakresie realizacji przedmiotu zamówienia wymusił na wykonawcy zawarcie dodatkowej umowy związanej (pakietowej), gdyż wykonawca zainteresowany złożeniem oferty był zmuszony zaakceptować odrębną umowę z pełnomocnikiem Zamawiającego, która pozostawała bez związku z przedmiotem zamówienia jakim była dostawa antybiotyków, a jej treść dodatkowo została narzucona przez zamawiającego. Na marginesie należy wskazać, że opisane wyżej działanie mogłoby również zostać uznane za niedopuszczalne na gruncie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów z dnia 16 lutego 2007 r. (Dz. U. z 2015, poz. 184 ze zm.), zwanej dalej „uokik”. Zgodnie z art. 6 ust. 1 pkt 5 uokik, zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym,

polegające w szczególności na uzależnieniu zawarcia umowy od przyjęcia lub spełnienia przez drugą stronę innego świadczenia, niemającego rzeczowego ani zwyczajowego związku z przedmiotem umowy”.

II. W zakresie zastrzeżeń do punktu drugiego podał, że (...) W pkt 2 Informacji o wyniku kontroli wskazano, że Zamawiający, dokonując zmiany wartości zamówienia po wszczęciu postępowania naruszył art. 35 ust. 2 ustawy Pzp. W toku kontroli ustalono, iż ustalenia wartości zamówienia na kwotę 2 950 771,37 zł (698 423,95 euro) dokonano w dniu 23 lipca 2015 r. Przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia zostało natomiast wszczęte w dniu 3 sierpnia 2015 r. Z kolei w dniu 20 sierpnia 2015 r., w związku z dokonywanymi modyfikacjami SIWZ dotyczącymi przedmiotu zamówienia, Zamawiający dokonał zmiany wartości zamówienia na kwotę 2 932 020,37 zł (693 985,74 euro). Mając powyższe na uwadze w pkt 2 Informacji o wyniku kontroli wskazano, iż działanie zamawiającego stanowiło naruszenie 35 ust. 2 ustawy Pzp. Zamawiający w zastrzeżeniach od wyniku kontroli poinformował, że nie zgadza się z zarzutem naruszenia ww. przepisu ustawy Pzp, wskazując, że konieczność dokonania zmiany wartości zamówienia wynikała z tego, iż w toku prowadzonego postępowania zamawiający zrezygnowali z jednego z zamawianych leków, ponieważ został on wycofany z produkcji. Zamawiający wskazał również, że zgodnie z art. 38 ust. 4 ustawy Pzp Zamawiający był uprawniony do dokonania zmiany SIWZ, a zmiana wartości zamówienia była nieznaczna i nie spowodowała zmiany trybu postępowania. W odniesieniu do powyższego należy stwierdzić, iż możliwość dokonania przez Zamawiającego w uzasadnionych przypadkach zmiany SIWZ, w tym również w zakresie ilości zamawianych leków, nie budzi wątpliwości Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych i nie była kwestionowana w Informacji o wyniku kontroli. Jednakże, wobec stanowczego brzmienia art. 35 ust. 2 ustawy Pzp należy stwierdzić, że niedopuszczalne jest dokonywanie zmiany szacowanej wartości zamówienia po wszczęciu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego”.

III. W zakresie zastrzeżeń do punktu trzeciego stwierdził, że „W pkt 3 Informacji o wyniku kontroli wskazano, że Zamawiający, zamieszczając ogłoszenie o zamówieniu oraz informację o wyborze najkorzystniejszej oferty wyłącznie na tablicy ogłoszeń pełnomocnika, naruszył art. 40 ust. 1 oraz art. 92 ust. 2 ustawy Pzp. W toku kontroli ustalono, iż przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia było prowadzone przez grupę zamawiających, udzielających zamówień na warunkach wskazanych w art. 16 ustawy Pzp. Zamawiający wyznaczyli spośród siebie tzw. Lidera postępowania, który został umocowany do udzielenia dalszego pełnomocnictwa i udzielił go spółce Supra Holding S.A. Z informacji zawartych w protokole postępowania o udzielenie zamówienia wynika, że ogłoszenie o zamówieniu oraz informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty zostały zamieszczone na tablicy ogłoszeń pełnomocnika - Supra Holding S.A. Ogłoszenie o zamówieniu i informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty nie zostały natomiast zamieszczone w siedzibie i na stronie

internetowej Lidera, ani żadnego z Zamawiających. Mając powyższe na uwadze w pkt 3 Informacji o wyniku kontroli wskazano, iż zgodnie z art. 16 ust. 1 ustawy Pzp, Zamawiający mogą wspólnie przeprowadzić postępowanie i udzielić zamówienia, wyznaczając spośród siebie zamawiającego upoważnionego do przeprowadzenia postępowania i udzielenia zamówienia w ich imieniu i na ich rzecz. Z kolei art. 16 ust. 5 ustawy Pzp stanowi, że przepisy dotyczące zamawiającego stosuje się odpowiednio do zamawiających, o których mowa w ust. 1 tego przepisu. Natomiast art. 15 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, w brzmieniu obowiązującym w dacie prowadzenia postępowania stanowił, iż Zamawiający może powierzyć przygotowanie lub przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia własnej jednostce organizacyjnej lub osobie trzeciej, przy czym podmioty te działają jako pełnomocnicy Zamawiającego. Stosownie do treści art. 40 ust. 1 ustawy Pzp, Zamawiający wszczyna postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego, zamieszczając ogłoszenie o zamówieniu w miejscu publicznie dostępnym w swojej siedzibie oraz na stronie internetowej, Z kolei art. 92 ust. 2 w brzmieniu obowiązującym w dacie prowadzenia kontrolowanego postępowania nakładał na zamawiającego obowiązek zamieszczenia informacji wskazanych w art. 92 ust. 1 pkt 1 w miejscu publicznie dostępnym w siedzibie zamawiającego. Zamawiający w zastrzeżeniach od wyniku kontroli poinformował, że nie zgadza się z zarzutem naruszenia ww. przepisów ustawy Pzp, wskazując, że upoważniony przez zamawiających udzielających wspólnie przedmiotowego zamówienia lider postępowania powierzył przygotowanie i przeprowadzenie tego postępowania osobie trzeciej, ustanawiając ją pełnomocnikiem. Konsekwencją powierzenia tych czynności było przeniesienie na pełnomocnika zamawiającego obowiązku wykonania wszystkich czynności, które ustawa Pzp nakłada na zamawiającego w celu zgodnego z prawem przeprowadzenia postępowania. Do czynności takich należało m.in. również wykonanie obowiązku określonego w art. 40 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 92 ust. 2 ustawy Pzp. W odniesieniu do powyższego należy stwierdzić, iż kontrolujący nie kwestionuje zakresu pełnomocnictwa udzielonego przez Lidera postępowania pełnomocnikowi - spółce Supra Holding SA, którego treść upoważniała pełnomocnika do przygotowania i przeprowadzenia w imieniu Lidera grupy postępowania o udzielenie zamówienia na dostawę antybiotyków. Niemniej jednak należy stwierdzić, że fakt ustanowienia przez zamawiających pełnomocnika w trybie art. 15 ust. 2 i 3 ustawy Pzp nie wyłącza obowiązku dokonania czynności, o których mowa w art. 40 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 92 ust. 2 ustawy Pzp, przez Zamawiającego. Jednocześnie też w przypadku specjalnego sposobu udzielania zamówień wspólnych przewidzianego w ustawie Pzp, przepisy tej ustawy dają szczególne uprawnienia do podejmowania czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego za Zamawiającego. Uprawnienie to przysługuje, w świetle art. 16 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiającemu wyznaczonemu przez pozostałych Zamawiających do przeprowadzenia postępowania i udzielenia zamówienia, do którego to Zamawiającego i Zamawiających

wspólnie prowadzących postępowanie, stosujemy odpowiednio przepisy dotyczące Zamawiającego. Tym samym w niniejszym postępowaniu ogłoszenie o zamówieniu oraz informacja wskazana w art. 92 ust. 2 ustawy Pzp powinny być bowiem przede wszystkim zamieszczone na stronie internetowej Lidera, co nie wyłącza możliwości dodatkowego ich opublikowania na stronie internetowej pełnomocnika (Supra Holding SA), czy pozostałych Zamawiających. Nie można uznać za wypełnienie obowiązku informacyjnego, określonego w art. 40 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 92 ust. 2 ustawy Pzp zamieszczenia ogłoszeń, o których mowa w ww. przepisach wyłącznie na tablicy ogłoszeń ustanowionego w postępowaniu w trybie art. 15 ust. 2 i 3 ustawy Pzp pełnomocnika (Supra Holding S.A. - obecnie KPSZW SA), przede wszystkim z tego względu, że w takim przypadku potencjalni wykonawcy, zainteresowani ubieganiem się o udzielenie zamówień prowadzonych przez konkretnych zamawiających, mogliby w ogóle nie posiadać wiedzy o fakcie wszczęcia tych postępowań w ich imieniu i na ich rzecz oraz o ustanowieniu pełnomocnika do ich przygotowania i przeprowadzenia, skoro w siedzibach tych podmiotów brak byłoby jakiegokolwiek informacji w tym przedmiocie. W takim przypadku nie byłaby realizowana w sposób wymagany przez ustawodawcę zasada jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego”.

Reasumując, Prezes Urzędu podtrzymał stanowisko zawarte w pkt 1-3 Informacji o wyniku kontroli z dnia 27 czerwca 2017 r. stwierdzając, że wskazane działania stanowią naruszenie przepisów ustawy Pzp, jej art. 29 ust. 1 i 2, art. 7 ust. 1 w zw. z art. 2 pkt 13 oraz art. 35 ust. 2 i art. 40 ust. 1 oraz art. 92 ust. 2. Poinformował ponadto, że stosownie do treści art. 167 ust. 2 ustawy Pzp, wobec nieuwzględnienia zastrzeżeń od wyniku kontroli doraźnej, przekazał zastrzeżenia do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Krajowa Izba Odwoławcza, opiniując zastrzeżenia Zamawiającego od wyniku kontroli doraźnej następczej, uznała, że zastrzeżenia nie zasługują na uwzględnienie.

Celem kontroli prowadzonej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (Prezes Urzędu) – zgodnie z art. 161 ust. 2 ustawy Pzp - jest sprawdzenie zgodności postępowania o udzielenie zamówienia z przepisami ustawy – Prawo zamówień publicznych. Z kolei opiniowaniu Izby podlegają zastrzeżenia zamawiającego podważające ustalenia faktyczne w toku kontroli oraz ocenę prawną takich ustaleń w kontekście przepisów ustawy Pzp. Taka opinia wyrażana przez Izbę w formie uchwały, zgodnie z art. 167 ust. 3 ustawy Pzp, ze swej istotny ma na celu m.in. przedstawienie poglądu na sprawę będącą przedmiotem sporu, z jednej strony, co do ustaleń faktycznych i oceny prawnej Prezesa Urzędu, z drugiej,

argumentacji [także faktycznej i prawnej] zamawiającego, w której zamawiający na podstawie art. 167 ust.1 ustawy Pzp, kwestionuje ustalenia, co do wskazanych w Informacji o wyniku kontroli naruszeń.

Izba w niniejszej sprawie – mając na uwadze ustalenia faktyczne i prawne - podzieliła stanowisko Prezesa Urzędu, że prawidłowo zostały stwierdzone naruszenia w zakresie: (1) art. 29 ust. 1 i 2, art. 7 ust. 1 w zw. z art. 2 pkt 13 ustawy Pzp; (2) art. 35 ust. 2 ustawy Pzp; (3) art. 40 ust. 1 oraz art. 92 ust. 2 ustawy Pzp.

(1)Odnosnie pierwszego ze stwierdzonych naruszeń, dotyczącego opisu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający wykonawcom uczciwą konkurencję, Izba podzieliła pogląd Prezesa Urzędu, że sformułowane zasady realizacji zamówienia z udziałem spółki Supra Holding S.A. z Wrocławia nie są związane z przedmiotem tego zamówienia. Przede wszystkim przedmiotem tego zamówienia jest dostawa leków [„Dostawa antybiotyków”] na rzecz 6 podmiotów zamawiających: Zespołu Zakładów Opieki Zdrowotnej w Czarnkowie, Samodzielnego Publicznego Zespołu Zakładów Opieki Zdrowotnej w Staszowie, Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej w Kępnie, Szpitala Specjalistycznego Ducha Świętego w Sandomierzu, Szpitala Specjalistycznego im. J. Dietla w Krakowie, Zespołu Opieki Zdrowotnej w Gnieźnie]. Wskazani zamawiający - na podstawie art. 16 ust.1 ustawy Pzp - ustanowili liderem - Szpital Specjalistyczny im. J. Dietla w Krakowie. Ten z kolei ustanowił rzeczoną spółkę Supra Holding S.A. z Wrocławia pełnomocnikiem [Pełnomocnik lub Spółka], jednakże – jak wynika z okoliczności tej sprawy – nie tylko na czas przygotowania i prowadzenia postępowania, ale także na czas realizacji zawartych umów na dostawę leków. Do zawarcia umowy z tą spółką został zobowiązany wyłoniony w tym przetargu wykonawca, i ten wykonawca na rzecz tej spółki tak jak wskazano w pkt XVIII, [zatytułowanym „Wynagrodzenie dla pełnomocnika zamawiającego”] zobowiązany był: (...) *nie później niż z chwilą zawarcia umowy z każdym z Zamawiających (wskazanych w Rozdz. I pkt 1 SIWZ), do zawarcia umowy o współpracy z pełnomocnikiem Zamawiających - Supra Holding S.A. z siedzibą we Wrocławiu, który przygotował i prowadzi niniejsze postępowanie oraz będzie świadczyć usługi na rzecz Wykonawcy w trakcie realizacji zamówienia*". Tak jak podał Kontrolujący: „Z postanowień ww. rozdziału SIWZ wynikało, iż opłata z tytułu czynności pełnomocnika miała zostać określona w wysokości 3 % wartości zamówienia brutto, powiększonego o należną stawkę podatku VAT, a zobowiązanie do jej uiszczenia obciążało wykonawcę. Natomiast maksymalna wysokość wynagrodzenia od dostaw na rzecz każdego z zamawiających została określona na kwotę stanowiącą równowartość 30.000 euro netto, wyliczonej według kursu określonego w aktualnym na dzień zawarcia umowy rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów w sprawie średniego kursu złotego w stosunku do euro, stanowiącego

podstawę przeliczania wartości zamówień publicznych. Ponadto, jako załącznik nr 7 do SIWZ zatytułowany „Umowa o współpracy”, dołączony został wzór umowy określającej relacje pomiędzy Pełnomocnikiem a wykonawcą realizującym zamówienie. Wskazane wyżej regulacje określały dodatkowe obowiązki wykonawców, z którymi zawarte będą umowy w sprawie zamówienia publicznego w poszczególnych pakietach oraz wprost odnosiły się do sposobu realizacji zamówienia. Ponadto w toku prowadzonego postępowania Pełnomocnik wyjaśnił, że „nie uwzględnił kwoty wynagrodzenia pełnomocnika przy szacowaniu wartości zamówienia, ponieważ przedmiotem zamówienia nie był wybór pełnomocnika, a była nim dostawa antybiotyków”. W istocie Zamawiający z tytułu ustanowienia Pełnomocnika nie poniósł żadnych kosztów. Nie doszło zatem do zawarcia odpłatnej umowy zawartej pomiędzy zamawiającym a wykonawcą, czyli *de facto* nie doszło do zamówienia publicznego, albowiem tymi kosztami został obciążony potencjalny wykonawca. Z § 1 pkt 3 umowy współpracy wynika, że Pełnomocnik miał wspierać Wykonawcę i Zamawiających we wzajemnych rozliczeniach w zakresie ich prawidłowości i terminowości oraz na życzenie pośredniczyć w negocjacjach pomiędzy nimi w rozwiązywaniu kwestii spornych. Z kolei § 2 pkt 1 wskazuje, że wykonawca miał wypłacać wynagrodzenie Pełnomocnikowi z tytułu „doprowadzenia do udzielenia Zamówienia na rzecz Wykonawcy i zawarcia przez Zamawiających z wykonawcą na dostawę oraz za świadczenie usług wymienionych w § 1 a także w celu pokrycia kosztów administracyjnych ponoszonych przez pełnomocnika”. To oznacza, że w tym przypadku mamy do czynienia z odrębną nie związaną z przedmiotem zamówienia umową, z której wynika obowiązek uiszczania na rzecz Spółki cyklicznie wynagrodzenia za usługi, których zakres jest niejasny i budzi wątpliwości czy w ogóle jakiegokolwiek usługi byłyby przez pełnomocnika na etapie realizacji umowy faktycznie wykonywane, a jeżeli nawet tak, to czy ich wykonywanie byłoby na etapie realizacji umowy niezbędne, biorąc pod uwagę przedmiot niniejszego zamówienia. Zakres zadań pełnomocnika został bowiem określony w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący i został sprowadzony do ogólnych i lakonicznych twierdzeń, z których część miała charakter warunkowy. Pełnomocnik miał bowiem „wspierać” Wykonawcę i Zamawiających we wzajemnych rozliczeniach w zakresie ich prawidłowości i terminowości oraz „na życzenie” pośredniczyć w negocjacjach pomiędzy nimi w rozwiązywaniu kwestii spornych. Z powyższych postanowień *de facto* nie można dociec, za co dokładnie wykonawca obowiązany będzie uiszczać wynagrodzenie na rzecz pełnomocnika i, która to z kolei opłata ma charakter obligatoryjny. Izba ponownie zwraca uwagę i podkreśla, że przedmiotem zamówienia była dostawa antybiotyków na rzecz poszczególnych Zamawiających bezpośrednio do ich siedziby. Umowy dotyczące realizacji zamówienia były zawierane pomiędzy poszczególnymi Zamawiającymi a wykonawcami. Rozliczenia, zgodnie z regulacjami wynikającymi z ww. umów prowadzone były również bezpośrednio pomiędzy wykonawcami a poszczególnymi Zamawiającymi. W kontekście powyższych ustaleń

niewątpliwie umieszczony w SIWZ obowiązek zawarcia dodatkowej umowy przez wybranego wykonawcę z Pełnomocnikiem wraz z przejęciem ciężaru uiszczenia zapłaty prowizji dla tej Spółki za „jakieś” działania podejmowane w toku realizacji zamówienia, nie sposób uznać za związany z przedmiotem zamówienia, jakim była dostawa leków. Niewątpliwie wymagania w zakresie realizacji przedmiotu zamówienia wymuszały na wykonawcy przystępującym do przetargu zgodę na zawarcie – z ustanowionym i zainteresowanym Pełnomocnikiem – spółką Supra Holding S.A. - dodatkowej (pakietowej) umowy, która pozostawała bez związku z przedmiotem zamówienia jakim była dostawa antybiotyków, a jej treść dodatkowo została narzucona w specyfikacji opracowanej przez Spółkę. Reasumując Izba stwierdza, że takie wymaganie nie znajdowało uzasadnienia w obiektywnych potrzebach zamawiających oraz niewątpliwie mogło skutkować w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ograniczeniem konkurencji wśród potencjalnych wykonawców, którzy mogli chociażby, jako profesjonalni dostawcy, nie być zainteresowani ponoszeniem dodatkowych nieuzasadnionych kosztów (prowizji) na rzecz podmiotu trzeciego o bliżej nieokreślonych zadaniach. Tym samym Prezes Urzędu prawidłowo stwierdził naruszenie art. 29 ust. 1 i 2, art. 7 ust. 1 w zw. z art. 2 pkt 13 ustawy Pzp.

(2) Izba uznała też za zasadne stanowisko Prezesa Urzędu, że dokonanie zmiany wartości zamówienia po wszczęciu postępowania - stanowi naruszenie art. 35 ust. 2 ustawy Pzp. Co prawda w tym postępowaniu, to naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania, jednakże stosownie do ust.1 tego przepisu: „Ustalenie wartości zamówienia dokonuje się nie wcześniej niż 3 miesiące przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, jeżeli przedmiotem zamówienia są dostawy lub usługi, oraz nie wcześniej niż 6 miesięcy przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, jeżeli przedmiotem zamówienia są roboty budowlane”. Z kolei zgodnie z jego ust.2 „Jeżeli po ustaleniu wartości zamówienia nastąpiła zmiana okoliczności mających wpływ na dokonane ustalenie, zamawiający przed wszczęciem postępowania dokonuje zmiany wartości zamówienia. Zatem wobec stanowczego brzmienia art. 35 ust. 2 ustawy Pzp niedopuszczalne było dokonywanie zmiany szacowanej wartości zamówienia po wszczęciu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wskazywany w zastrzeżeniach art. 38 ust. 4 ustawy Pzp w zakresie tego naruszenia nie ma zastosowania, albowiem dotyczy on zmiany asortymentu leków i do takiej zmiany – zmiany SIWZ – uprawniał wskazany przepis.

(3) Izba również podzieliła stanowisko Kontrolującego przedstawione w Informacji, że zamieszczenie ogłoszenia wyłącznie na tablicy ogłoszeń pełnomocnika – stanowi naruszenie art. 40 ust. 1 oraz art. 92 ust. 2 ustawy Pzp. Tak jak stwierdzono w Informacji przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia było prowadzone przez grupę zamawiających,

udzielających zamówień na warunkach wskazanych w art. 16 ustawy Pzp. Zamawiający wyznaczyli spośród siebie tzw. Lidera postępowania, który został umocowany do udzielenia dalszego pełnomocnictwa i udzielił go spółce Supra Holding S.A. Z informacji zawartych w protokole postępowania o udzielenie zamówienia wynika, że Ogłoszenie o zamówieniu oraz Informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty zostały zamieszczone tylko na tablicy ogłoszeń Pełnomocnika - Supra Holding S.A. Ogłoszenie o zamówieniu i informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty nie zostały natomiast zamieszczone w siedzibie i na stronie internetowej Lidera, ani żadnego z pozostałych zamawiających. Izba za Kontrolującym wskazuje, że zamawiający - stosownie do treści art. 40 ust. 1 ustawy Pzp - wszczyna postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego, zamieszczając Ogłoszenie o zamówieniu w miejscu publicznie dostępnym w swojej siedzibie oraz na stronie internetowej. Z kolei art. 92 ust. 2 w brzmieniu obowiązującym w dacie prowadzenia kontrolowanego postępowania nakładał na zamawiającego obowiązek zamieszczenia informacji wskazanych w art. 92 ust. 1 pkt 1 w miejscu publicznie dostępnym w siedzibie zamawiającego. Fakt ustanowienia pełnomocnika w trybie art. 15 ust. 2 i 3 ustawy Pzp nie wyłącza obowiązku dokonania czynności, o których mowa w art. 40 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 92 ust. 2 ustawy Pzp, przez zamawiających. Oczywiście w przypadku specjalnego sposobu udzielania zamówień wspólnych, uprawnienia i obowiązki zamawiającego - w świetle art. 16 ust. 1 ustawy Pzp – są przypisane wyznaczonemu przez pozostałych zamawiających do przeprowadzenia postępowania i udzielenia zamówienia. Tym samym, mając na uwadze realizację zasady jawności postępowania, w niniejszym postępowaniu Ogłoszenie o zamówieniu oraz Informacja wskazana w art. 92 ust. 2 ustawy Pzp powinny być przede wszystkim zamieszczone na stronie internetowej Lidera, co nie wyłącza możliwości dodatkowego ich opublikowania na stronie internetowej Pełnomocnika (Supra Holding S.A.), czy pozostałych zamawiających. Nie można uznać – tak jak słusznie stwierdził Prezes Urzędu - za wypełnienie obowiązku informacyjnego, określonego w art. 40 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 92 ust. 2 ustawy Pzp zamieszczenie ogłoszeń, o których mowa w ww. przepisach wyłącznie w siedzibie [na tablicy] ustanowionego w postępowaniu [w trybie art. 15 ust. 2 i 3 ustawy Pzp] Pełnomocnika (Supra Holding S.A.). Przede wszystkim z tego względu, że w takim przypadku potencjalni wykonawcy (dostawcy), zainteresowani ubieganiem się o udzielenie zamówienia, mogliby w ogóle nie posiadać wiedzy o fakcie wszczęcia i prowadzenia tego postępowania w imieniu sześciu podmiotów zamawiających i na ich rzecz przez ustanowionego Pełnomocnika [bliżej nieokreślonej Spółki kapitałowej], skoro nawet w siedzibie Lidera – potencjalnego odbiorcy leków - brak było jakiegokolwiek informacji w tym przedmiocie. W takim przypadku, zasada jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wymagana przepisami ustawy Pzp w żaden sposób nie była realizowana.

Wobec powyższego, Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 167 ust.3 ustawy – Prawo zamówień publicznych wyraziła opinię, jak w sentencji uchwały.

.....

.....

.....