

Sygn. akt KIO/KD 60/17

## UCHWAŁA

### KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ

z dnia 18 października 2017 roku.

w sprawie zastrzeżeń do wyników kontroli doraźnej przeprowadzonej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych zgłoszonych przez zamawiającego:

#### Zamawiający:

**Poznański Ośrodek Reumatologiczny SPSZOZ w Śremie ul. Mickiewicza 95, 63-100 Śrem (obecnie Wielkopolski Ośrodek Reumatologiczny w Śremie)**

**Szpital Rehabilitacyjno - Kardiologiczny w Kowanówku ul. Sanatoryjna 34, 64-600 Oborniki**

**Wojewódzki Szpital Zespolony w Koninie ul. Szpitalna 45, 62-504 Konin**

w przedmiocie zamówienia publicznego na:

**dostawę leków.**

#### Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący : Ewa Sikorska

Członkowie : Robert Skrzyszewski

Klaudia Szczytowska-Maziarz

wyraża następującą opinię:

**nie uwzględnia zastrzeżeń z dnia 15 września 2017 roku, wniesionych przez „Szpitale Wielkopolski” Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu, doręczonych Prezesowi Urzędu Zamówień Publicznych w dniu 19 września 2017 roku, zastrzeżeń z dnia 19 września 2017 roku, wniesionych przez Szpital Wojewódzki w Poznaniu, doręczonych Prezesowi Urzędu Zamówień Publicznych w dniu 21 września 2017 roku oraz zastrzeżeń z dnia 15 września 2017 roku, wniesionych przez Wielkopolski Ośrodek Reumatologiczny Samodzielny Publiczny Specjalistyczny Zespół Opieki Zdrowotnej w Śremie, doręczonych Prezesowi Urzędu Zamówień Publicznych w dniu 18 września 2017 roku od wyników kontroli doraźnej z dnia 6 września 2017 roku, w związku z przeprowadzoną przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych kontrolą doraźną.**

### **Uzasadnienie**

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (dalej także: kontrolujący lub Prezes UZP) przeprowadził kontrolę doraźną postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na zadanie pn. dostawa leków.

*Stanowisko kontrolującego:*

Kontrolujący zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisów:

- 1) art. 29 ust. 1 i 2, art. 7 ust. 1 w zw. z art. 2 pkt 13 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji z uwagi na niewłaściwe opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który nie znajduje uzasadnienia w obiektywnych potrzebach Zamawiającego;
- 2) art. 40 ust. 1 oraz art. 92 ust. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu publicznym w miejscu publicznie dostępnym w siedzibach Zamawiających, jak również zaniechanie zamieszczenia informacji wskazanych w art. 92 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp w miejscu publicznie dostępnym w siedzibach Zamawiających i w konsekwencji naruszył zasadę jawności wymienioną w art. 8 ust. 1 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu kontrolujący wskazał, że postępowanie o udzielenie zamówienia zostało przeprowadzone przez pełnomocnika w imieniu 3 Zamawiających. Poszczególni Zamawiający powierzyli na podstawie art. 15 ust. 2 ustawy Pzp przeprowadzenie postępowania pełnomocnikowi - spółce „Szpitale Wielkopolski” Sp. z o.o.

Ad 1) O ustanowieniu pełnomocnika poinformowano wykonawców w treści SIWZ w pkt 1, w którym wskazano, iż pełnomocnictwo obejmuje w szczególności umocowanie do przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na zakup leków. W pkt. 20 SIWZ zawarto zapis dotyczący wynagrodzenia dla pełnomocnika zamawiającego, wskazujący, iż „Wykonawca, którego oferta zostanie wybrana jako najkorzystniejsza, zobowiązany jest (najpóźniej równocześnie z zawarciem umowy z danym Zamawiającym) do zawarcia umowy z Pełnomocnikiem Zamawiających Szpitale Wielkopolski sp. z o.o. i (w toku realizacji umowy z danym Zamawiającym) wypłacenia Pełnomocnikowi Zamawiających wynagrodzenia w wysokości 2 % wartości zamówienia brutto (tj. powiększonego o należną stawkę podatku VAT) zrealizowanego dla danego Zamawiającego (wskazanego w Części I pkt 1 SIWZ) w Postępowaniu, lecz nie więcej niż równowartości kwoty 30.000 EURO netto (Ponadto, jako załącznik nr 8 do SIWZ, dołączony został wzór umowy określającej relacje pomiędzy pełnomocnikiem zamawiającego a

wykonawcą wyłonionym w postępowaniu, zatytułowany „Umowa współpracy”. Z załącznika wynikało, iż opłata z tytułu czynności pełnomocnika miała zostać określona w wysokości 2% wartości zamówienia, a zobowiązanie do jej uiszczenia obciążało wykonawcę i miało być wypłacane sukcesywnie po uzyskaniu płatności od danego Zamawiającego. We wskazanej umowie współpracy obowiązki pełnomocnika zostały określone m.in. jako wspieranie zamawiającego i wykonawcy we wzajemnej współpracy, optymalizacja procesu dostaw, wsparcie wykonawcy w sporze z zamawiającym. 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: „spółka mając na uwadze swoje cele statutowe również w aspekcie organizacyjnym chciała odciążyć zgłaszające się do niej podmioty lecznicze, w tym ograniczyć koszty prowadzenia w nich procedur udzielania zamówień publicznych (...). Należy również zwrócić uwagę, iż celem grup zakupowych, szczególnie w obszarze leków jest optymalizacja gospodarki lekowej w poszczególnych podmiotach leczniczych poprzez zwiększenie jego efektywności, minimalizację przypadków utraty przydatności leków do użytku (ich przeterminowanie), ujednoczenie wzorców postępowania w większej liczbie podmiotów leczniczych, kończąc na lepszym planowaniu potrzeb na przyszłość”.

Mając na uwadze powyższe ustalenia kontrolujący podniósł, co następuje:

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 zastrzekać sobie 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 współżycia 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, iż 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, kontrolujący podkreślił, 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. Kontrolujący wskazał, 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 nieopartych ogólnych stwierdzeń o pełnionej bliżej niesprecyzowanej funkcji przez pełnomocnika, po wyborze najkorzystniejszej oferty i zawarciu umowy.

Kontrolujący stwierdził, że w niniejszym postępowaniu przedmiotem zamówienia była dostawa leków 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 przejściem ciężaru uiszczenia zapłaty prowizji dla tego pełnomocnika za działania podejmowane w postępowaniu, nie sposób uznać za związane 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.

Kontrolujący wskazał, 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 uiszczyć wynagrodzenie na rzecz pełnomocnika. Tak określonego zakresu obowiązków pełnomocnika wskazanego w SIWZ nie można zatem uznać za wypełniającego dyspozycję art. 29 ust. 1 ustawy Pzp.

Kontrolujący podniósł, że 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.

W ocenie kontrolującego, 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.

Kontrolujący przywołał stanowisko wyrażone w uchwale Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 sierpnia 2017 r. (sygn. akt: KIO/KD 42/17), która zapadła w analogicznym stanie faktycznym. Zgodnie z uzasadnieniem tej uchwały: „W kontekście powyższych ustaleń niewątpliwie umieszczony w SIWZ obowiązek zawarcia dodatkowej umowy przez wybranego wykonawcę z Pełnomocnikiem wraz z przejściem 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 — - 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".

Na marginesie kontrolujący wskazał, że opisane wyżej działanie mogłoby również zostać uznane za niedopuszczalne na gruncie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów z dnia 16 lutego 2007 r. (tj. 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 uzależnianiu zawarcia umowy od przyjęcia lub spełnienia przez drugą stronę innego świadczenia, niemającego rzeczowego ani zwyczajowego związku z przedmiotem umowy.

Kontrolujący stwierdził zatem, że Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 29 ust. 1 i 2, art. 7 ust. 1 w zw. z art. 2 pkt 13 ustawy Pzp.

Ad 2) Kontrolujący stwierdził, że postępowanie było przeprowadzone przez pełnomocnika „Szpitala Wielkopolski” sp. z o.o. ustanowionego na podstawie art. 15 ust. 2 ustawy Pzp przez 3 Zamawiających.

Z informacji zawartych w dokumentacji postępowania o udzielenia zamówienia wynika, że ogłoszenie o zamówieniu oraz informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty zostały zamieszczone na tablicy ogłoszeń pełnomocnika - spółki „Szpitala Wielkopolski” Sp. z o.o. oraz na jego stronie internetowej. Ogłoszenie o zamówieniu i informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty nie zostały natomiast zamieszczone w siedzibie i na stronie internetowej żadnego z ww. Zamawiających.

Mając na uwadze powyższe ustalenia kontrolujący podniósł, co następuje.

Art. 15 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że postępowanie o udzielenie zamówienia przygotowuje i przeprowadza zamawiający. Z kolei, zgodnie z ust. 2 ww. artykułu, obowiązującym w dacie wszczęcia przedmiotowego postępowania, Zamawiający mógł powierzyć przygotowanie lub przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia własnej jednostce organizacyjnej lub osobie trzeciej. Zgodnie z art. 15 ust. 3 ustawy Pzp podmioty, o których mowa w ust. 2, 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 ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym w dacie prowadzenia kontrolowanego postępowania nakładał na Zamawiającego obowiązek zamieszczenia informacji wskazanych w art. 92 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp w miejscu publicznie dostępnym w siedzibie Zamawiającego.

Powyższe regulacje wskazują, że w przypadku powierzenia przeprowadzenia postępowania i udzielania zamówienia osobie trzeciej w imieniu i na rzecz 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.

Kontrolujący zwrócił uwagę na pogląd wyrażony przez KIO w uchwale z dnia 11 sierpnia 2017 r. (sygn. akt: KIO/KD 42/17) w podobnej sprawie, w której wskazano, iż 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 oraz art. 92 ust. 2 ustawy Pzp przez Zamawiających. Tym samym, mając na uwadze realizację zasady jawności postępowania, w niniejszym postępowaniu Zamawiający winni zamieścić ogłoszenie o zamówieniu w miejscu publicznie dostępnym w swoich siedzibach oraz na stronie internetowej, jak również informacje wskazane w art. 92 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp w miejscu publicznie dostępnym w siedzibach Zamawiających, także w sytuacji, gdy na podstawie art. 15 ust. 2 ustawy Pzp powierzyli przygotowanie lub przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia własnej jednostce organizacyjnej lub osobie trzeciej, co nie wyłącza możliwości dodatkowego ich opublikowania na stronie internetowej pełnomocnika („Szpitale Wielkopolski” Sp. z o.o.). Kontrolujący zwrócił uwagę, iż w przypadku zaniechania powyższego potencjalni wykonawcy (dostawcy) zainteresowani ubieganiem się o udzielenie zamówienia, mogliby w ogóle nie posiadać wiedzy o fakcie wszczęcia i prowadzenia postępowania w imieniu trzech Zamawiających i na ich rzecz przez ustanowionego pełnomocnika. W takim przypadku zasada jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wymagana przepisami ustawy Pzp w żaden sposób nie była realizowana.

Reasumując, kontrolujący stwierdził, że Zamawiający w ustalonym stanie faktycznym dopuścili się naruszenia art. 40 ust. 1 oraz art. 92 ust. 2 ustawy Pzp i w konsekwencji naruszenia art. 8 ust. 1 ustawy Pzp.

#### *Stanowiska zamawiających:*

W niniejszej sprawie zastrzeżenia wniósł pełnomocnik „Szpitale Wielkopolski” Sp. z o.o. oraz Zamawiający: Wielkopolski Ośrodek Reumatologiczny w Śremie i Szpital



Wojewódzki w Poznaniu (następca prawny Szpitala Rehabilitacyjno - Kardiologicznego w Kowanówku).

W zakresie zarzutu pierwszego zastrzeżenia zostały wniesione przez pełnomocnika „Szpitala Wielkopolski” sp. z o.o. oraz Wielkopolski Ośrodek Reumatologiczny w Śremie.

W zastrzeżeniach z 15 września 2017 roku wniesionych przez pełnomocnika „Szpitala Wielkopolski” Sp. z o.o., pełnomocnik podniósł, co następuje:

„(...) Odnosząc się z kolei do pierwszego ze sformułowanych przez Urząd Zamówień Publicznych zarzutów, a mianowicie naruszenia art. 29 ust. 1 i 2, art. 7 ust. 1 w zw. z art. 12 pkt 13 Pzp, należy zauważyć, iż już jego konstrukcja wydaje się niezrozumiała i pozwala odnieść wrażenie, iż zarzut bazujący na przedmiotowych normach prawnych został sformułowany subiektywnie, w sposób oderwany od okoliczności faktycznych i prawnych, występujących w niniejszej sprawie. Dokonując analizy domniemanych naruszeń Spółka pragnie zwrócić uwagę na nieścistości, które doprowadziły do błędnej wykładni obowiązujących przepisów prawnych, w tym niedopuszczalnej na gruncie materialnego prawa administracyjnego wykładni rozszerzającej oraz formułowania w tym obszarze analogii prawnych.

Nie sposób przyjąć za zasadny zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp, w ujęciu zaprezentowanym przez Urząd Zamówień Publicznych, a sprowadzająca się do następującej tezy cyt. „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 umowę z pełnomocnikiem Zamawiającego, która pozostawała bez związku z przedmiotem zamówienia jakim była dostawa antybiotyków, a jej treść dodatkowo została narzucona przez zamawiającego

W pierwszej kolejności należy wskazać, że skoro warunki SIWZ — w tym opcja do zawarcia tzw. „umowy dodatkowej” z innym podmiotem — są takie same dla wszystkich wykonawców, to tym samym odpada w całości ewentualne twierdzenie o naruszeniu zasady równego traktowania wykonawców, czy naruszeniu uczciwej konkurencji art. 7 ust. 1 Pzp. Pełnomocnik Zamawiających takimi postanowieniami nie uprzywilejowali żadnego z potencjalnych wykonawców, jak również nie zastosowano tu żadnych elementów dyskryminujących potencjalnych wykonawców.

Wyraźnie należy podkreślić, iż postanowienie zawarte w SIWZ w pkt 20 nie miało charakteru zobowiązania sensu stricto, a jedynie charakter opcji, albowiem brak jego wykonania nie miał charakteru sankcyjnego, w tym nie skutkowałoby np. odrzuceniem oferty

takiego wykonawcy, Zwrócić również należy uwagę, iż brak zgody wybranego wykonawcy na zawarcie tzw. „ umowy dodatkowej nie skutkowałby także brakiem możliwości zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego na dostawę leków, albowiem ex lege byłby to warunek nieważny, a do podpisania takiej umowy (na dostawę leków) musiałyby i tak dojść na podstawie prawidłowo wybranej oferty.

Niezależnie bowiem od powyższego Wykonawca, którego oferta byłaby najkorzystniejsza miałaby uzasadnione roszczenie do zawarcia takiej umowy, a Zamawiający nie mógłby odmówić jej podpisania, tym bardziej „przeszkodzić” w zawarciu takiej umowy nie mógłby pełnomocnik Zamawiających (Szpitale Wielkopolski sp. z o. o.), który w tym obszarze nie miał żadnych narzędzi prawnych. To dobitnie pokazuje dobrowolny i jednolity dla wszystkich potencjalnych wykonawców charakter tzw. „ umowy dodatkowej” Może jej wprowadzenie do SIWZ było niefortunne ale nie wiązało się, co wyżej zostało wykazane, z żadnym realnym zobowiązaniem dla jakiegokolwiek wykonawcy, jej celem było zapewnienie podmiotom leczniczym dodatkowych narzędzi do prowadzenia odpowiedzialnej i racjonalnej gospodarki lekami, w tym eliminowania kosztownego zjawiska przeterminowania leków. Niezależnie bowiem od postanowień SIWZ Szpitale Wielkopolski sp. z o.o. realizując jeden ze swoich celów statutowych<sup>3</sup> podjęłaby i tak z wybranym Wykonawcom próbę wynegocjowania narzędzi optymalizacyjnych gospodarkę lekową dla podmiotów leczniczych, z uzasadnionych jednak względów (oszczędności) i pragmatyki oraz ekonomiki postępowania odbyło się to w ramach przedmiotowego postępowania, a nie obok niego. Z dużym prawdopodobieństwem do zawarcia takiej umowy doszłoby niezależnie od tego, czy możliwość jej zawarcia zostałaby umieszczona w SIWZ, czy zostałaby wynegocjowana po zakończeniu postępowania, odmiennie bowiem od tego co podnosi UZP, znacząca część potencjalnych wykonawców pochlebnie wyrażała się o takim narzędziu optymalizacji, twierdząc że pozwoli im to także zmniejszyć koszty i przeciwdziałać zwrotom leków przez podmioty lecznicze.

Niemniej, co najistotniejsze brak zgody na zawarcie takiej umowy nie wiązałby się dla potencjalnego wykonawcy z żadnymi negatywnymi konsekwencjami prawnymi, w tym odrzuceniem oferty czy odmową zawarcia z nim umowy w sprawie udzielenia zamówienia publicznego. Nie byłoby to również możliwe z uwagi na konstrukcję prawną stosunku łączącego Zamawiających (podmioty lecznicze) z ich pełnomocnikiem („ Szpitale Wielkopolski” sp. z o.o.), albowiem ogłoszenie wyników postępowania, w tym wybór najkorzystniejszej oferty, musiał być zaakceptowany przez Zamawiających i jedynie te podmioty miały kompetencję do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, takiej kompetencji nie miał w tym obszarze pełnomocnik Zamawiających.

Tym samym w oczywisty sposób również i na tej płaszczyźnie nie można mówić o naruszeniu przez Spółkę przepisów prawnych, w tym normy art. 7 ust. 1 Pzp.

Nie sposób również zgodzić się z tezą UZP, iż opis przedmiotu zamówienia naruszał normy art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp. Opis przedmiotu zamówienia został zawarty w SIWZ w pkt. 3 na stronach od 3 do 20 i obejmował łącznie 95 pakietów na dostawę różnorodnych leków.

Zgodnie z postanowieniami SIWZ opis przedmiotu zamówienia składał się z następujących elementów: 1) tematu, w którym określano dany lek, 2) wskazania kodu ze Wspólnego Słownika Zamówień, 3) opisu, w którym zamieszczano informację o częstotliwości dostaw danego leku, 4) oraz informację o możliwości złożenia ofert równoważnych i wariantowych.

Niezrozumiałe zatem jest to w jaki sposób, bo nie wynika to z treści dokumentu pn. informacja o wynikach kontroli doraźnej, UZP uznał, że pkt. 20, znajdujący się na 49 stronie SIWZ jest częścią przedmiotu zamówienia, gdyż ten był, o czym wyżej wspomniano zamieszczony na stronie od 3 do 20. Również w aspekcie funkcjonalnym zapisy pkt. 20 SIWZ nie oddziaływały na przedmiot zamówienia, albowiem, co wyżej wykazano był elementem pewnej dobrowolnej opcji, nieskutkującej w odniesieniu do potencjalnego wykonawcy, żadnymi negatywnymi konsekwencjami.

Jest to zatem kolejny przykład dowolnej oceny faktów i dowód przez UZP, który połączono z nadinterpretacją powszechnie obowiązujących przepisów prawa pod z góry określone tezy. Jak już wyżej wskazano treść pkt. 20 SIWZ, nie jest w żaden sposób związana z przedmiotem zamówienia, a z neutralną dla potencjalnego wykonawcy opcją, na którą wykonawca nie musiał się w ogóle zdecydować, gdyż brak takiej decyzji nie miał dla niego negatywnych konsekwencji i następował ewentualnie po wyborze najkorzystniejszej oferty, gdzie stopień oddziaływania tego zapisu był kompletnie bez znaczenia, tym bardziej że to Zamawiający (podmioty lecznicze) miały wyłączną kompetencję do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego na dostawę leków.

Tym samym nie można się zgodzić z tezą UZP, iż cyt. „Pełnomocnik Zamawiających opisując wymagania w zakresie realizacji przedmiotu zamówienia wymusił na wykonawcy zawarcie dodatkowej umowy związanej (pakietowej), gdyż wykonawca zainteresowany złożeniem oferty/y był zmuszony zaakceptować odrębną umowę z pełnomocnikiem Zamawiającego

Jak to wyżej wykazano pełnomocnik Zamawiających, niczego „nie wymuszał”, a potencjalny wykonawca” nie był zmuszony zaakceptować” odrębną umowę”, albowiem do

zawarcia tejże dobrowolnej umowy miało dojść po rozstrzygnięciu postępowania i wyborze najkorzystniejszej oferty, co uniemożliwiało pełnomocnikowi Zamawiających, jakkolwiek wpływ na zawarcie z nim „umowy dodatkowej” przez danego Wykonawcę.

Zatem cała argumentacja o związku przyczynowo — skutkowym, w zakresie wskazanych ale jednak domniemanych naruszeń przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, w przyjętej przez UZP sekwencji, tj. naruszenie art. 29 ust. 1 i 2, art. 7 ust. 1 w zw. z art. 2 pkt 13, nie znajduje potwierdzenia w analizowanym stanie faktycznym i prawnym.”

W zastrzeżeniach z dnia 15 września 2017 roku zamawiający Wielkopolski Ośrodek Reumatologiczny w Śremie podniósł, co następuje:

„Wielkopolski Ośrodek Reumatologiczny SP SZOZ w Śremie stoi na stanowisku, że opisanie przedmiotu zamówienia poprzez nakazanie zawarcia umowy prowizyjnej dla pełnomocnika w żaden sposób nie narusza zasady uczciwej konkurencji. Przede wszystkim należy zwrócić uwagę, że żaden z podmiotów ubiegających się o udzielenie przedmiotowego zamówienia nie skorzystał ze środków ochrony prawnej, by zmusić pełnomocnika Zamawiających do wyeliminowania kwestionowanych przez Urząd Zamówień Publicznych przepisów. Zawarcie umowy prowizyjnej zdaniem Wielkopolskiego Ośrodka Reumatologicznego nie stawia w uprzywilejowanej sytuacji żadnego z wykonawców, gdyż warunki, na jakich zostanie udzielone zamówienie było przedstawione w sposób jasny od chwili ogłoszenia zamówienia. Wykonawcy zadawali pytania dotyczące konieczności zawarcia dodatkowej umowy prowizyjnej, jednak żaden z nich po uzyskaniu odpowiedzi nie poczuł się zobowiązany do wniesienia odwołania, co uzasadnia przekonanie, że żaden z podmiotów profesjonalnie działających na rynku dostawców leków nie czuł się zagrożony, poprzez uprzywilejowania jakiegoś innego podmiotu. Błędne jest więc wywodzenie w informacji o wynikach kontroli, że opis przedmiotu zamówienia powodował nieuzasadnione przeszkody w otwarciu zamówień publicznych na konkurencję. To stanowisko znajduje uzasadnienie choć oczywiście nie wprost, w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, jak choćby w wyroku z 12.06.2015 r., (KIO 1107/15) który stanowi, że w zasadzie każdy opis przedmiotu zamówienia niesie za sobą ograniczenie konkurencji. Również w zakresie potencjalnych trudności z realizacją zamówienia przez niektórych wykonawców, KIO interpretuje dość jednoznacznie, np. w wyroku z 30.03.2015 r. (KIO 515/15), że nie jest to wystarczającą podstawą do dowodzenia zachwiania uczciwej konkurencji w ubieganiu się o udzielenie zamówienia.

Podkreślenia ponadto wymaga fakt, że przedmiotowe postępowanie zostało przygotowane i przeprowadzone przez pełnomocnika Zamawiającego, jakim była spółka

„Szpitale Wielkopolski”. Zgodnie z treścią art. 18 ust. 2, Wielkopolski Ośrodek Reumatologiczny powierzył wykonywanie wszelkich czynności pełnomocnikowi. Tym samym ewentualny zarzut kierowany w stronę Zamawiającego działającego przez pełnomocnika, jest bezpodstawny. Należy podkreślić bowiem, że przepis art. 16 PZP w brzmieniu obecnie obowiązującym wskazuje na istnienie odpowiedzialności każdego z Zamawiających również w przypadku gdy jeden z nich prowadzi postępowanie w imieniu i na rzecz pozostałych Zamawiających obowiązuje dopiero od 28.07.2016 r., a więc nie ma zastosowania do zamówień wszczętych przed tą datą. Oznacza to więc, że jeśli wcześniej odpowiedzialność zbiorowa nie została unormowana wprost w przepisach prawa, to nie można jej przypisywać na zasadzie domniemania istnienia odpowiedzialności za działanie pełnomocnika, zwłaszcza w świetle zindywidualizowanej odpowiedzialności każdego z uczestników postępowania wskazanej w protokole o udzielenie zamówienia publicznego, oraz faktu, że Zamawiający — Wielkopolski Ośrodek Reumatologiczny w Śremie nie prowadził postępowania samodzielnie, lecz w całości powierzył je pełnomocnikowi.”

W zakresie zarzutu drugiego zastrzeżenia zostały wniesione przez pełnomocnika „Szpitale Wielkopolski” sp. z o.o., Wielkopolski Ośrodek Reumatologiczny w Śremie oraz Szpital Wojewódzki w Poznaniu, będący następcą prawnym Szpitala Rehabilitacyjno - Kardiologicznego w Kowanówku.

Pełnomocnik „Szpitale Wielkopolski” Sp. z o.o. podniósł, co następuje:

„Spółka zgłasza zastrzeżenia do rzekomego naruszenia art. 40 ust. 1 oraz art. 92 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (dalej Pzp). Przedmiotowemu zarzutowi przeczą oczywiste okoliczności faktyczne, albowiem chociażby z informacji zamieszczonych na stronach poszczególnych podmiotów leczniczych uczestniczących w grupie zakupowej (tj. szpital w Koninie oraz w Kowanówku), jednoznacznie wynika, iż taka informacja została upubliczniona, stosownie i zgodnie z brzmieniem ww. norm prawnych. Przepis art. 92 ust. 2 Pzp, w brzmieniu obowiązujący w dniu wszczęcia przedmiotowego postępowania (1 lipca 2015 r.), którego naruszenie podnosi Urząd Zamówień Publicznych, stanowi, iż niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający zamieszcza informacje, o których mowa w ust. 1 pkt 1 (art. 92 Pzp), na stronie internetowej oraz w miejscu publicznie dostępnym w swojej siedzibie. Zatem w świetle przytoczonych okoliczności faktycznych i dowodu wskazanego w przypisie nr 1, sformułowany przez UZP zarzut, iż *cyt. informacje o wyborze najkorzystniejszej oferty nie zostały zamieszczone w siedzibie i na stronie internetowej żadnego z Zamawiających* jest bezzasadny.

Ponadto, ww. zarzut, jak i sformułowany przez UZP zarzut naruszenie art. 40 ust. 1 Pzp cyt. „poprzez zaniechanie zamieszczenie ogłoszenia o zamówieniu publicznym w

miejscu publicznym w siedzibach Zamawiających” winien być rozpatrywany w kontekście obowiązków, jakie ciążyły na poszczególnych uczestnikach postępowania, w tym przypadku Zamawiających (podmiotach leczniczych) oraz ich pełnomocnika (Szpitale Wielkopolski sp. z o.o.).

Odmienne od tego, co podnosi UZP, te obowiązki nie są identyczne, i winny być rozpatrywane w ujęciu odpowiednich przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych oraz umów łączących pełnomocnika z Zamawiającymi (podmiotami leczniczymi). Niezaprzeczalne jest to, że „Szpitale Wielkopolski” sp. z o.o., jako pełnomocnik ww. podmiotów leczniczych (art. 15 ust. 2 i 3 Pzp) spełniła wszystkie obowiązki wynikające z normy art. 40 ust. 1 i art. 92 Pzp.

Jednocześnie Spółka kontaktowała się z Zamawiającymi (podmiotami leczniczymi) oraz wysłała im na bieżąco informacje o każdym z etapów postępowania w sprawie zamówienia publicznego na dostawę leków, w tym informacje o opublikowaniu ogłoszenia o zamówieniu, jak i wynikach tego postępowania, nie mając jednak wpływu na to, w jaki sposób ta informacja zostanie przez poszczególnych Zamawiających (podmioty lecznicze) wykorzystana.

Z całą pewnością, co zostało wyżej uprawdopodobnione, informacje wynikające z dyspozycji art. 92 ust. 2 w zw. z art. 91 ust. 1 pkt 1 i art. 40 ust. 1 Pzp zostały upublicznione przez Zamawiających (podmioty lecznicze) na ich stronach internetowych. Mało prawdopodobne jest to, iż ww. Zamawiający nie wypełniliby obowiązku wynikającego z art. 40 ust. 1 i art. 92 ust. 2 Pzp w zakresie odnoszącym się do zamieszczenia ogłoszenia, czy informacji wynikających z art. 92 ust. 2 w zw. z art. 91 ust. 1 pkt 1 Pzp w miejscu publicznym w swojej siedzibie, choćby z uwagi na fakt, iż ogłoszenie o zamówieniu publicznym i informacje o wynikach postępowania zostały zamieszczone na ich stronach internetowych, a wcześniej przekazane przez Spółkę i upublicznione także na jej stronie internetowej.

Spółka, jako pełnomocnik Zamawiających (podmiotów leczniczych) nie mogła jednak nakazać swoim mocodawcom (podmiotom leczniczym) odpowiedniego działania lub zachowania, w tym zmusić ich do zamieszczania jakichkolwiek informacji związanych z przedmiotowym postępowaniem. Wykraczałoby to bowiem poza ramy obowiązujących przepisów prawnych, czy zawartych umów między pełnomocnikiem a ww. podmiotami leczniczymi.

Dziwi zatem fakt, iż Urząd Zamówień Publicznych czyni zarzut naruszenia ww. przepisów, tj. art. 92 ust. 1 i art. 40 ust. 1 przez Spółkę. Po pierwsze, jeśli nawet rozszerzająco rozumieć rolę pełnomocnika w przedmiotowym postępowaniu, to z tego

obowiązku Spółka się wywiązała. Wywiązała się również z tego, co zostało wyżej uprawdopodobnione także podmioty lecznicze. Gdyby jednak założyć, co błędnie zinterpretował UZP, iż pełnomocnik Zamawiających ponosi odpowiedzialność za realizację ciążących na tych Zamawiających obowiązkach, byłby to wniosek nieuprawniony. Zatem ewentualny zarzut braku upubliczniania mógłby być skierowany jedynie do ww. Zamawiających, a na pewno nie w odniesieniu do Spółki, będącej ich pełnomocnikiem — *vide* art. 15 ust. 2 i 3 Pzp. Obowiązek upublicznienia informacji o zamówieniu w siedzibach Zamawiających aktualizował się w stosunku do tych podmiotów *ex lege*, co *expressis verbis* wynika z przywołanych przepisów ustawy Pzp art. 40 ust. 1, art. 92 ust. 2 w zw. z art. 3 PZP i nie wymagał dodatkowego kierunkowego działania ze strony Spółki.

Tym samym niepokój i niezrozumienie budzi teza Urzędu Zamówień Publicznych o tzw. „zbiorowej odpowiedzialności” uczestników tego postępowania przetargowego cyt. „ Powyższe regulacje wskazują, że w przypadku powierzenia przeprowadzenia postępowania i udzielenie zamówienia osobie trzeciej w imieniu i na rzecz kilku zamawiających wszyscy oni odpowiadają w takim samym stopniu za wypełnienie dyspozycji wynikającej z art. 40 ust. 1 i art. 92 ust. 2 Pzp, tj. za opublikowanie ogłoszenia o zamówieniu oraz informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty w swojej siedzibie.”

Zamawiający Wielkopolski Ośrodek Reumatologiczny w Śremie w zastrzeżeniach podniósł, co następuje:

„Zarzut naruszenia art. 40 ust. 1 oraz art. 92 ust. 2 ustawy PZP poprzez zaniechanie zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu w miejscu publicznie dostępnym w siedzibach Zamawiających, jak również zaniechanie zamieszczenia informacji wskazanych w art. 92 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP w miejscu publicznie dostępnym w siedzibach zamawiających i w konsekwencji naruszenia zasady jawności wymienioną w art. 8 ust. 1 ustawy PZP jest bezzasadny, z uwagi na błędną interpretację przepisów.

Po pierwsze należy wskazać, że zgodnie z literalnym brzmieniem przepisu art. 40 ust. 1 ustawy PZP postępowanie o udzielenie zamówienia wszczyna Zamawiający zamieszczając ogłoszenie o zamówieniu w miejscu publicznie dostępnym w swojej siedzibie oraz na stronie internetowej. Również art. 92 ust. 2 w brzmieniu obowiązującym w dacie prowadzenia kontrolowanego zamówienia wskazuje, że Zamawiający umieszcza informacje o najkorzystniejszych ofertach na stronie internetowej oraz w miejscu publicznie dostępnym w swojej siedzibie.

Pozornie kwestią sporną może być kwestia zamieszczenia ogłoszenia w miejscu publicznie dostępnym w swojej siedzibie. Jednak dokonując oceny sytuacji należy mieć na

względnie całokształt sytuacji. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający powierzył przygotowanie i przeprowadzenie postępowania pełnomocnikowi. Zgodnie z art. 18 ust. 2 „Za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia odpowiadają także inne osoby w zakresie, w jakim powierzono im czynności w postępowaniu oraz czynności związane z przygotowaniem postępowania. Kierownik zamawiającego może powierzyć pisemnie wykonywanie zastrzeżonych dla niego czynności, określonych w niniejszym rozdziale, pracownikom zamawiającego.”. Stosownie do dyspozycji art. 18 ust. 2 zdanie drugie, Dyrektor Wielkopolskiego Ośrodka Reumatologicznego powierzył pisemnie wykonywanie zastrzeżonych dla niego czynności, oraz wszelkich innych czynności w postępowaniu. Oznacza to, że Dyrektor Wielkopolskiego Ośrodka Reumatologicznego nie wykonywał czynności w postępowaniu, z uwagi na powierzenie przygotowania oraz przeprowadzenia postępowania pełnomocnikowi. Nie można więc na zasadzie odpowiedzialności zbiorowej przypisywać odpowiedzialności Dyrektorowi Wielkopolskiego Ośrodka Reumatologicznego, zwłaszcza w świetle literalnego brzmienia art. 18 ust. 1 i 2 ustawy PZP. Skoro więc Dyrektor Wielkopolskiego Ośrodka Reumatologicznego nie wykonywał czynności w postępowaniu, to nie można wymagać od niego, a zarazem czynić mu zarzutu, że nie wykonywał czynności w postępowaniu. Należy ponadto zwrócić uwagę na marginalne znaczenie tej części przepisu, który mówi o konieczności umieszczania ogłoszenia o zamówieniu w siedzibie Zamawiającego. W dobie postępującej informatyzacji zamówień, nawet ewentualne stwierdzenie naruszenia przepisu art. 40 ust. 1 przez Dyrektora Wielkopolskiego Ośrodka Reumatologicznego, nie miało żadnego wpływu na wynik postępowania. Należy bowiem podkreślić z całą stanowczością, że wykonawcy czerpią wiedzę o fakcie ogłoszenia zamówienia z ogłoszeń zamieszczanych w Biuletynie Zamówień Publicznych, lub Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. Do podobnego przekonania doszedł również ustawodawca, który wśród przesłanek obligatoryjnych unieważnienia umowy wymienionych enumeratywnie w art. 146 Pzp, nie przewiduje braku umieszczenia ogłoszenia o zamówieniu w swojej siedzibie, natomiast jako przesłankę do unieważnienia wskazuje już brak umieszczenia ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych, lub w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej.

W zakresie umieszczenia ogłoszenia na stronie internetowej Wielkopolskiego Ośrodka Reumatologicznego, należy stwierdzić z całą pewnością, że zaprezentowana przez Urząd Zamówień Publicznych interpretacja jest obarczona błędem. Zgodnie bowiem z literalnym brzmieniem przepisu art. 40 ust. 1 Pzp, Zamawiający wszczyna postępowanie zamieszczając ogłoszenie o zamówieniu w miejscu publicznie dostępnym w swojej siedzibie oraz na stronie internetowej. W tym przypadku należy zwrócić uwagę Urzędowi Zamówień Publicznych, że ustawodawca nie używa tutaj zwrotu „na swojej stronie internetowej”.



Obowiązek przyjęcia w technice interpretacyjnej przepisów założenia racjonalnego ustawodawcy, nie pozwala na dokonanie wykładni tego przepisu w sposób, który zakładał będzie błąd ustawodawcy. Skoro więc nie ma ustawowego obowiązku by umieszczać ogłoszenie na stronie internetowej Zamawiającego, oznacza to, że można w praktyce umieścić ogłoszenie na dowolnej stronie internetowej, np. poprzez umieszczenie ogłoszenia i innych dokumentów dotyczących postępowania na stronie internetowej pełnomocnika. Taka sytuacja zwłaszcza może mieć miejsce w sytuacji gdy Zamawiający należy do kręgu podmiotów nie posiadających strony internetowej (np. stowarzyszenia, lub fundacje, które wydatkują dotacje w kwocie wyższej niż próg 30 tys. euro). W sytuacji jednorazowego wydatkowania środków publicznych w drodze przepisów ustawy Pzp, niecelowe jest zmuszanie Zamawiającego do zakładania własnej strony internetowej. Wymóg ogłoszenia zamówienia na stronie internetowej będzie zachowany również w sytuacji umieszczenia ogłoszenia i pozostałych dokumentów przetargowych na dowolnej stronie internetowej, która musi być wskazana w ogłoszeniu o zamówieniu umieszczanym w Biuletynie Zamówień Publicznych lub w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej.

Podobne reguły interpretacyjne należy zastosować w przypadku obowiązku umieszczenia informacji o wynikach postępowania na stronie internetowej, o którym mowa w art. 92 ust. 2 Pzp. Tam również ustawodawca świadomie nie używa zwrotu „na swojej stronie internetowej”, zapisując jedynie, że informacje te należy umieścić na stronie internetowej. Tym samym argumentacja wskazująca błąd interpretacyjny osób kontrolujących przedmiotowe zamówienie w zakresie obowiązku publikowania ogłoszenia o zamówieniu na stronie internetowej zamawiającego, odnosi się również do zarzutu naruszenia rzekomego obowiązku publikacji informacji o wynikach postępowania na stronie internetowej zamawiającego.

Należy więc podkreślić z całą stanowczością że Zamawiający, który powierzył przygotowanie i przeprowadzenie postępowania pełnomocnikowi, nie był zobowiązany zarówno do umieszczania ogłoszenia o zamówieniu oraz wynikach postępowania w miejscu publicznie dostępnym w swojej siedzibie, jak i nie był zobligowany do umieszczania tych informacji na swojej stronie internetowej. Przyjęcie odmiennego stanowiska narusza zarówno zasady wykładni celowościowej i literalnej przywołanych przepisów, gdyż gdyby przyjąć zarzuty Urzędu Zamówień Publicznych w tym zakresie za zasadne, to:

a) po pierwsze podważało by to instytucję pełnomocnika Zamawiającego, któremu Zamawiający powierzył wykonywanie wszystkich czynności w tym czynności zastrzeżonych dla Zamawiającego, a zatem również czynności umieszczenia ogłoszenia o

zamówieniu oraz informacji o wynikach postępowania w swojej siedzibie, tym samym czyniąc przepis art. 18 ust. 2 zdanie drugie martwym przepisem,

b) Po drugie żaden wskazany wyżej przepis Pzp nie wymaga publikowania ww. informacji na stronie internetowej zamawiającego, tylko nakazuje opublikowanie ich na stronie internetowej. Tym samym zawężenie brzmienia przepisów tylko do strony Zamawiającego jest nieuprawnione.

Ponadto wskazać należy, że zgodnie z treścią umowy z dnia 23.06.2015 r. Pełnomocnik zobowiązał się m. in. do opisu przedmiotu zamówienia oraz do ogłoszenia postępowania, co znalazło potwierdzenie w treści pełnomocnictwa z dnia 23.06.2015 r., w którym Dyrektor Wielkopolskiego Ośrodka Reumatologicznego umocował spółkę Szpital Wielkopolski do wszelkich czynności faktycznych i prawnych do przygotowania i przeprowadzenia postępowania.”

Zamawiający Szpital Wojewódzki w Poznaniu podniósł, co następuje:

„W związku z doręczeniem w dniu 12.09.2017r informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 06.09.2017r. dotyczącej postępowania przetargowego o udzielenie zamówienia na „Dostawę leków” znak postępowania 2/6/2015 dla Szpitala Rehabilitacyjno-Kardiologicznego w Kowanówku, ul. Sanatoryjna 34, 64-600 Oborniki, Szpital Wojewódzki w Poznaniu jako następcą prawny Szpitala Rehabilitacyjno-Kardiologicznego w Kowanówku, wnosi zastrzeżenie dotyczące naruszenia przepisu art. 40 ust. 1 oraz art. 92 ust. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu publicznym w miejscu publicznie dostępnym w siedzibie Zamawiającego, jak również zaniechanie zamieszczenia informacji wskazanych w art. 92 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp w miejscu publicznie dostępnym w siedzibie Zamawiającego i w konsekwencji naruszenia zasady jawności wymienionej w art. 8 ust. 1 ustawy Pzp. Uprzejmie informuję, iż Szpital Rehabilitacyjno-Kardiologiczny w Kowanówku zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w miejscu publicznym dostępnym w swojej siedzibie (na tablicy ogłoszeń) oraz na stronie internetowej: [www.kowanowko.com.pl](http://www.kowanowko.com.pl) w dniu 02.07.2015r).

Na poparcie powyższego w załączeniu przesyłam:

- kserokopię ogłoszenia o zamówieniu,
- informacji,
- wydruk ze strony internetowej,
- kserokopię ogłoszenia o udzieleniu zamówienia,

Ponadto przesyłam odpis z KRS i udzielone mi pełnomocnictwo przez Dyrektora Szpitala Wojewódzkiego w Poznaniu Wojewódzkiego w Poznaniu”.

*Odpowiedź kontrolującego:*

Kontrolujący w piśmie z dnia 3 października 2017 roku podtrzymał stanowisko wyrażone w informacji o wynikach kontroli. Kontrolujący wskazał, co następuje:

„W pkt 1 Informacji o wyniku kontroli wskazano, że postępowanie o udzielenie zamówienia zostało przeprowadzone przez pełnomocnika w imieniu 3 Zamawiających. Poszczególni Zamawiający powierzyli na podstawie art. 15 ust. 2 ustawy Pzp przeprowadzenie postępowania pełnomocnikowi - spółce „Szpitale Wielkopolski” Sp. z o.o.

O ustanowieniu pełnomocnika poinformowano wykonawców w treści SIWZ w pkt 1, w którym wskazano, iż pełnomocnictwo obejmuje w szczególności umocowanie do przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na zakup leków.

W toku kontroli ustalono, że w pkt 20 SIWZ zawarto zapis dotyczący wynagrodzenia dla pełnomocnika zamawiającego, wskazujący, iż „Wykonawca, którego oferta zostanie wybrana jako najkorzystniejsza, zobowiązany jest (najpóźniej równocześnie z zawarciem umowy z danym Zamawiającym) do zawarcia umowy z Pełnomocnikiem Zamawiających Szpitale Wielkopolski sp. z o.o. i (w toku realizacji umowy z danym Zamawiającym) wypłacenia Pełnomocnikowi Zamawiających wynagrodzenia w wysokości 2 % wartości zamówienia brutto (tj. powiększonego o należną stawkę podatku VAT) zrealizowanego dla danego Zamawiającego (wskazanego w Części I pkt 1 SIWZ) w Postępowaniu, lecz nie więcej niż równowartości kwoty 30.000 EURO netto (Ponadto, jako załącznik nr 8 do SIWZ, dołączony został wzór umowy określającej relacje pomiędzy pełnomocnikiem zamawiającego a wykonawcą wyłonionym w postępowaniu, zatytułowany „Umowa współpracy”. Z załącznika wynikało, iż opłata z tytułu czynności pełnomocnika miała zostać określona w wysokości 2 % wartości zamówienia, a zobowiązanie do jej uiszczenia obciążało wykonawcę i miało być wypłacane sukcesywnie po uzyskaniu płatności od danego Zamawiającego. We wskazanej umowie współpracy obowiązki pełnomocnika zostały określone m.in. jako wspieranie zamawiającego i wykonawcy we wzajemnej współpracy, optymalizacja procesu dostaw, wsparcie wykonawcy w sporze z zamawiającym.

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.

W odniesieniu do powyższych ustaleń faktycznych, w Informacji o wyniku kontroli wskazano, 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 współżycia 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.

W Informacji o wyniku kontroli wskazano również, iż 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, podkreślono 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 opisał 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. Należy również podkreślić, 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.

Jednocześnie wskazano, iż 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.

Mając powyższe na uwadze w pkt 1 Informacji o wyniku kontroli wskazano, iż działanie pełnomocnika zamawiających stanowiło naruszenie art. 29 ust. 1 i 2, art. 7 ust. 1 w zw. z art. 2 pkt 13 ustawy Pzp.

Pełnomocnik zamawiających w zastrzeżeniach od wyniku kontroli zaprzeczył, iż: „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” wskazując jednocześnie, iż skoro postanowienia SIWZ - w tym „opcja” do zawarcia tzw. umowy dodatkowej z innym podmiotem - są takie same dla wszystkich wykonawców, to zarzut naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców nie znajduje oparcia w okolicznościach faktycznych przedmiotowego postępowania. Zdaniem Pełnomocnika zamawiających takimi postanowieniami nie uprzywilejowano żadnego z potencjalnych wykonawców, jak również nie zastosowano żadnych elementów, które mogłyby ich dyskryminować.

Pełnomocnik zamawiających podkreślił, iż postanowienie zawarte w pkt 20 SIWZ nie miało charakteru zobowiązania sensu stricto, a jedynie charakter „opcji”, bowiem jego niewykonanie nie miało charakteru sankcyjnego, w tym nie skutkowałoby np. odrzuceniem oferty wykonawcy. Pełnomocnik zamawiających podkreślił, iż brak zgody wykonawcy, którego oferta zostałaby uznana za najkorzystniejszą na zawarcie umowy dodatkowej nie skutkowałby jednoczesnym brakiem możliwości zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego ma dostawę leków, bowiem ex lege byłby to warunek nieważny, a do podpisania takiej umowy (na dostawę leków) musiałoby dojść pomiędzy Zamawiającymi, a wykonawcą.

Pełnomocnik zamawiających wskazał, iż wprowadzenie do treści SIWZ dodatkowej umowy o ile należało uznać za „niefortunne”, to nie wiązało się z jakimkolwiek zobowiązaniem dla wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, a jej celem było ukształtowanie przez Pełnomocnika zamawiających opisu przedmiotu zamówienia z

uwzględnieniem potrzeb wszystkich biorących udział w postępowaniu zamawiających, z uwagi na konieczność zapewnienia podmiotom leczniczym dodatkowych narzędzi do prowadzenia odpowiedzialnej i racjonalnej gospodarki lekami, w tym eliminowania kosztownego zjawiska przeterminowania leków.

Pełnomocnik zamawiających wskazał również, że jego zdaniem postanowienia pkt 20 SIWZ nie miały wpływu na opis przedmiotu zamówienia, a co za tym idzie brak było podstaw do stwierdzenia naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

Wielkopolski Ośrodek Reumatologiczny w Śremie podniósł, że opis przedmiotu zamówienia nie został sporządzony z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Jako uzasadnienie swojego stanowiska Zamawiający przytoczył argument, iż żaden z wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia nie skorzystał z przysługujących środków ochrony prawnej w zakresie wyeliminowania z treści opisu postanowień dotyczących konieczności zawarcia dodatkowej umowy z pełnomocnikiem.

W odniesieniu do powyższego należy w pierwszej kolejności stwierdzić, że argumenty Pełnomocnika zamawiających 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, iż „umowy o współpracy” określające relacje pomiędzy pełnomocnikiem zamawiającego a wykonawcą wyłonionym w postępowaniu (załącznik nr 8 do SIWZ) nie były jednolite dla wszystkich wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, co mogłoby zdaniem Pełnomocnika zamawiających doprowadzić do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W toku kontroli doraźnej zakwestionowano bowiem 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 uiszczyć 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.

Odnosząc się z kolei do podniesionego przez Pełnomocnika Zamawiających argumentu, iż ww. umowy o współpracy miały charakter opcjonalny, stwierdzić należy, iż powyższe stanowisko nie znajduje oparcia w dokumentacji postępowania będącego przedmiotem kontroli, bowiem — co zostało wskazane w Informacji o wyniku kontroli - w pkt 20 SIWZ zawarto zapis dotyczący wynagrodzenia dla pełnomocnika zamawiającego, wskazujący, iż „wykonawca, którego oferta zostanie wybrana jako najkorzystniejsza, zobowiązany jest (najpóźniej równocześnie z zawarciem umowy z danym Zamawiającym) do zawarcia umowy z Pełnomocnikiem Zamawiających Szpitale Wielkopolski sp. z o.o. (... J”.

Mając powyższe na uwadze, należy wskazać, iż jeśli — zdaniem Pełnomocnika zamawiających brak zgody wykonawcy, którego oferta zostałaby uznana za najkorzystniejszą na zawarcie umowy dodatkowej nie skutkowałby jednoczesnym brakiem możliwości zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego ma dostawę leków, z uwagi na nieważność ex lege ww. warunku przez wykonawców, to kwestionowane zapisy SIWZ winny zostać przez Pełnomocnika zamawiających usunięte z treści SIWZ przed upływem terminu składania ofert lub najpóźniej po wniesieniu przez wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia zapytań dotyczących treści SIWZ w zakresie obowiązku zawarcia dodatkowej „umowy o współpracy”.

Brak jest zatem podstaw do uznania, iż wykonawcy ubiegający się o udzielenie przedmiotowego zamówienia nie byli zobowiązani do zawarcia kwestionowanej w toku kontroli doraźnej „umowy o współpracy” w sytuacji, gdy zobowiązanie zostało literalnie wskazane w pkt 20 SIWZ.

Jak wskazano w Informacji o wyniku kontroli, w niniejszym postępowaniu przedmiotem zamówienia była dostawa leków 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.

Postanowienie SIWZ dotyczące zawarcia umowy dodatkowej niewątpliwie musiały być brane pod uwagę przez wykonawców zainteresowanych pozyskaniem niniejszego zamówienia. Realizacja przedmiotu zamówienia — dostawy leków — została przez Zamawiającego w sposób nieuprawniony, niezwiązany z tym przedmiotem zamówienia, ściśle powiązana ze spełnieniem dodatkowego świadczenia usługi związanej z administracyjną obsługą kontraktu. Wykonawca zatem, przygotowując się do złożenia oferty w postępowaniu, a następnie jego realizacji, powinien był zakładać realizację dodatkowego, niedookreślonego i nie związanego z przedmiotem zamówienia świadczenia. Dodatkowo należy zauważyć, że Zamawiający określił w ramach procedury zamówienia realizację dostawy. Tymczasem do tego zamówienia została dołączona opłata (wynagrodzenie) należne od wykonawcy (dostawcy leków) na rzecz innego podmiotu - wykonawcy usługi (pełnomocnika Zamawiającego) za wykonanie usług na rzecz podmiotu Zamawiającego. Powyższe, z całą pewnością wskazuje na brak jedności i precyzji w opisie sposobu realizacji przedmiotu zamówienia. Jednocześnie też wskazane okoliczności mogły w sposób znaczący utrudniać dostęp do zamówienia. Zgodnie z art. 29 ust. 2 ustawy Pzp już sama możliwość utrudnienia w dostępie do zamówienia stanowi o naruszeniu wskazanej normy prawnej. Sztuczne połączenie w ramach realizacji przedmiotowego zamówienia faktycznego przedmiotu zamówienia, tj. dostawy leków, za realizację której może ponosić odpowiedzialność wykonawca i spełnienia świadczenia — realizacji niesprecyzowanej usługi przez pełnomocnika Zamawiającego na rzecz Zamawiającego, za co ponosić miał koszty wykonawca dostawy leków, mogło zniechęcać do udziału w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Niezależnie od powyższego — odnosząc się do argumentacji pełnomocnika Zamawiającego — stwierdzić należy, że postanowienia SIWZ dotyczące zawarcia dodatkowej umowy o współpracy zamieszczone w pkt 20 SIWZ niewątpliwie zostały powiązane z realizacją przedmiotu zamówienia. Był to wymóg bezwzględny do spełnienia przez wykonawcę realizacji przedmiotowego zamówienia, który to wykonawca musiał brać pod uwagę, przystępując do postępowania i kalkulując swoją ofertę. Niezależnie zatem od tego w jakim miejscu SIWZ technicznie zostałyby ten zapis

umiejscowiony, dotyczył sposobu realizacji przedmiotu zamówienia. Tym samym, zarzuty dotyczące naruszenia art. 29 ust. 1 i 2, art. 7 ust. 1 w zw. z art. 2 pkt 13 ustawy Pzp są uzasadnione.

Reasumując należy wskazać, iż to Zamawiający winien w ramach umowy stanowiącej podstawę udzielenia pełnomocnictwa uregulować kwestię wynagrodzenia pełnomocnika w relacji: Zamawiający/Zamawiający wspólnie prowadzący postępowanie, a Pełnomocnik, jako wykonawca usługi, która mieściła się w zakresie udzielonego pełnomocnictwa.

Zamawiający opisując wymagania w zakresie realizacji przedmiotu zamówienia wymusił natomiast na wykonawcy niniejszego zamówienia zawarcie dodatkowej umowy z innym podmiotem, tj. z pełnomocnikiem Zamawiającego. Umowa ta była obligatoryjna, gdyż wykonawca zainteresowany złożeniem oferty był zmuszony zaakceptować odrębną umowę z pełnomocnikiem Zamawiającego, która pozostawała bez związku z przedmiotem zamówienia, jakim była dostawa leków, 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 uzależnianiu zawarcia umowy od przyjęcia lub spełnienia przez drugą stronę innego świadczenia, niemającego rzeczowego ani zwyczajowego związku z przedmiotem umowy.

Jednocześnie, odnosząc się do argumentów podniesionych przez Zamawiającego, tj. Wielkopolski Ośrodek Reumatologiczny w Śremie, wskazać należy, iż zaniechanie skorzystania przez wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia ze środków ochrony prawnej nie przesądza o prawidłowości opisu przedmiotu zamówienia, który został sporządzony przez pełnomocnika „Szpital Wielkopolski” sp. z o.o.

Odnosząc się zaś do argumentacji dotyczącej ponoszenia odpowiedzialności za naruszenie przepisów ustawy Pzp wyjaśnić należy, co następuje.

Przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone było na podstawie art. 16 ust. 1 ustawy Pzp, tj. przez kilku Zamawiających wspólnie prowadzących postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego. Przepis ten w niezmienionym brzmieniu obowiązywał w dniu wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia podlegającego kontroli postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Dodanie do art. 16 ust. 6 — 8 ustawy Pzp tego przepisu w wyniku nowelizacji ustawy Pzp z

dnia 22 czerwca 2016 r. nie wprowadziło nowych zasad odpowiedzialności w tym względzie. Dodane przepisy miały na celu uczynienie dotychczasowych reguł odpowiedzialności poszczególnych Zamawiających w sytuacji naruszenia przepisów ustawy Pzp w trakcie wspólnego udzielania zamówienia.

Zgodnie z art. 15 ust. 1 ustawy Pzp, mającym zastosowanie do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy kontrola Prezesa UZP, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego przygotowuje i przeprowadza Zamawiający, co jednocześnie wskazuje, że odpowiedzialność za wykonywane czynności w postępowaniu (jak i na etapie przygotowania postępowania) w zgodzie z przepisami ustawy Pzp spoczywa na Zamawiającym. Ustanowienie pełnomocnika w trakcie postępowania w trybie art. 15 ust. 2 ustawy Pzp nie zwalnia Zamawiającego z takiej odpowiedzialności.

Analogiczne zasady odpowiedzialności mają odniesienie do szczególnej formy prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przewidzianej w art. 16 ust. 1 ustawy Pzp, tj. prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wspólnie przez kilku Zamawiających. Ta forma prowadzenia postępowania nie zwalnia z odpowiedzialności za prowadzenie postępowania w zgodzie z przepisami ustawy Pzp Zamawiających wspólnie prowadzących to postępowanie. Jednocześnie, odnosząc się do przywołanej przez Zamawiającego dyspozycji art. 18 ust. 2 ustawy Pzp, podnieść należy, że przepis ma inny charakter. Wskazuje on na ponoszenie indywidualnej odpowiedzialności za wykonywanie określonych czynności w postępowaniu (oraz na etapie jego przygotowania) przez konkretne osoby (a nie podmiot - Zamawiającego) za wykonanie powierzonych im czynności. Taką indywidualizowaną odpowiedzialność konkretnych osób można w świetle przywołanego przepisu rozważać w kontekście naruszenia dyscypliny finansów publicznych. Powyższe nie zwalnia Zamawiającego (tj. podmiotu o którym mowa w art. 2 pkt 12 ustawy Pzp) z odpowiedzialności za prawidłowe (zgodne z ustawą Pzp) prowadzenie postępowania (oraz jego przygotowanie), zgodnie z art. 15 ust. 1 ustawy Pzp.

Należy podkreślić, iż stanowisko Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych znajduje również swoje potwierdzenie w uchwale Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 sierpnia 2017 r. (sygn. akt: KIO/KD 42/17), która zapadła w analogicznym stanie faktycznym. Zgodnie z uzasadnieniem tej uchwały: „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 — C..) 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”.

W świetle powyższego, Prezes Urzędu podtrzymuje stanowisko zawarte w pkt 1 Informacji' o wyniku kontroli z dnia 6 września 2017 r. że działanie zamawiającego, polegające na nieprawidłowym i naruszającym uczciwą konkurencję opisanu przedmiotu zamówienia, poprzez sformułowanie zasad realizacji zamówienia w sposób nie związany z jego przedmiotem oraz nie znajdujący uzasadnienia w obiektywnych potrzebach Zamawiającego, co mogło skutkować ograniczeniem konkurencji w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, stanowi naruszenie art. 29 ust. 1 i 2, art. 7 ust. 1 w zw. z art. 2 pkt 13 ustawy Pzp.

W zakresie zarzutu drugiego:

Zastrzeżenia zostały wniesione przez pełnomocnika „Szpitale Wielkopolski” sp. z o.o., Wielkopolski Ośrodek Reumatologiczny w Śremie oraz Szpital Wojewódzki w Poznaniu, będący następcą prawnym Szpitala Rehabilitacyjno - Kardiologicznego w Kowanówku.

W pkt 2 Informacji o wyniku kontroli wskazano, że Zamawiający, zamieszczając ogłoszenie o zamówieniu oraz informację o wyborze najkorzystniejszej oferty wyłącznie na tablicy ogłoszeń pełnomocnika oraz na jego stronie internetowej, naruszył art. 40 ust. 1 oraz art. 92 ust. 2 ustawy Pzp i w konsekwencji naruszył art. 8 ust. 1 ustawy Pzp.

W toku kontroli ustalono, iż postępowanie było przeprowadzone przez pełnomocnika „Szpitale Wielkopolski” sp. z o.o. ustanowionego na podstawie art. 15 ust. 2 ustawy Pzp przez 3 Zamawiających.

Z informacji zawartych w dokumentacji postępowania o udzielenia zamówienia wynika, że ogłoszenie o zamówieniu oraz informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty zostały zamieszczone na tablicy ogłoszeń pełnomocnika - spółki „Szpitale Wielkopolski” Sp. z o.o. oraz na jego stronie internetowej. Ogłoszenie o zamówieniu i informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty nie zostały natomiast zamieszczone w siedzibie i na stronie internetowej żadnego z ww. Zamawiających.

Mając powyższe na uwadze w pkt 2 Informacji o wyniku kontroli wskazano, iż art. 15 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że postępowanie o udzielenie zamówienia przygotowuje i przeprowadza zamawiający. Z kolei, zgodnie z ust. 2 ww. artykułu, obowiązującym w dacie wszczęcia przedmiotowego postępowania, Zamawiający mógł powierzyć przygotowanie lub przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia własnej jednostce organizacyjnej lub osobie trzeciej. Zgodnie z art. 15 ust. 3 ustawy Pzp podmioty, o których mowa w ust. 2, 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 ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym w dacie prowadzenia kontrolowanego postępowania nakładał na Zamawiającego obowiązek zamieszczenia informacji wskazanych w art. 92 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp w miejscu publicznie dostępnym w siedzibie Zamawiającego.

Powyższe regulacje wskazują, że w przypadku powierzenia przeprowadzenia postępowania i udzielania zamówienia osobie trzeciej w imieniu i na rzecz kilku zamawiających wszyscy oni (Zamawiający) 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.

W niniejszej sprawie zastrzeżenia do informacji o wyniku kontroli wniosło dwóch Zamawiających.

Szpital Wojewódzki w Poznaniu, będący następcą prawnym Szpitala Rehabilitacyjno-Kardiologicznego w Kowanówku wniósł zastrzeżenia dotyczące naruszenia art. 40 ust. 1 oraz art. 92 ust. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu publicznych w miejscu publicznie dostępnym w siedzibie Zamawiającego oraz na stronie internetowej, jak również zaniechanie zamieszczenia informacji wskazanych w art. 92 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp w miejscu publicznie dostępnym w siedzibie Zamawiającego. Zamawiający wskazał, iż dokonał kwestionowanych w Informacji o wyniku kontroli doraźnej czynności oraz załączył dokumenty na ich potwierdzenie.

Z kolei, Zamawiający - Wielkopolski Ośrodek Reumatologiczny w Śremie również zakwestionował naruszenie powyższych przepisów ustawy Pzp, wskazując jako argument na poparcie swojego stanowiska okoliczność, iż z uwagi na powierzenie przygotowania i przeprowadzenia postępowania pełnomocnikowi, Zamawiający nie miał obowiązku

wypełnienia dyspozycji wynikającej z art. 40 ust. 1 i art. 92 ust. 2 ustawy Pzp, tj. opublikowania ogłoszenia o zamówieniu w swojej siedzibie i na stronie internetowej oraz informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty w swojej siedzibie.

Pełnomocnik w zastrzeżeniach od wyniku kontroli poinformował, że nie zgadza się z zarzutem naruszenia ww. przepisów ustawy Pzp, wskazując, że z informacji zamieszczonych na stronach internetowych poszczególnych podmiotów leczniczych (Zamawiający: Szpital Rehabilitacyjno - Kardiologiczny w Kowanówku oraz Wojewódzki Szpital Zespolony w Koninie) wynika, iż ww. informacja została zamieszczona.

W dalszej kolejności Pełnomocnik wskazuje, iż powierzono mu przygotowanie i przeprowadzenie tego postępowania. 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, z którego się wywiązał. Pełnomocnik wskazał, iż na każdym etapie postępowania informował Zamawiających zarówno o wszczęciu przedmiotowego postępowania, jak również o wyborze najkorzystniejszej oferty, a co za tym idzie „mało prawdopodobne jest to, iż Zamawiający nie wypełniliby obowiązku wynikającego z art. 40 ust. 1 i art. 92 ust. 2 ustawy Pzp”. Pełnomocnik podkreślił, iż nie mógł nakazać swoim mocodawcom odpowiedniego działania lub zachowania, w tym „zmusić ich do zamieszczania jakichkolwiek informacji z związanych z przedmiotowym postępowaniem. Wykraczałoby to bowiem poza ramy obowiązujących przepisów prawnych, czy zawartych umów między pełnomocnikiem, a ww. podmiotami leczniczymi”.

W odniesieniu do powyższego należy stwierdzić, iż kontrolujący nie kwestionuje zakresu pełnomocnictwa udzielonego przez Zamawiających pełnomocnikowi. 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, poprzez upublicznienie wymaganych ogłoszeń i informacji w zgodzie z ww. przepisami, tj. w siedzibie Zamawiających i na stronach internetowych.

Odnosząc powyższe do okoliczności faktycznych przedmiotowego postępowania, wskazać należy, iż Prezes Urzędu Zamówień Publicznych nie odnosi się do zastrzeżeń Pełnomocnika Zamawiającego i Zamawiających, tj. Szpitala Rehabilitacyjno-Kardiologicznego w Kowanówku oraz Wojewódzkiego Szpitala Zespolonego w Koninie dotyczących naruszenia art. 40 ust. 1 oraz art. 92 ust. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie

zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu oraz informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty na stronie internetowej ww. Zamawiających, ponieważ nie były one przedmiotem zarzutu w Informacji o wyniku kontroli.

Niemniej jednak, z analizy dokumentacji przedmiotowego postępowania przekazanej przez Pełnomocnika zamawiających w toku kontroli doraźnej oraz stron internetowych Zamawiających nie wynika, aby ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w siedzibie Zamawiających Wielkopolskiego Ośrodka Reumatologicznego w Śremie oraz Wojewódzkiego Szpitala Zespołowego w Koninie, jak również, aby którykolwiek z Zamawiających - z wyłączeniem Szpitala Wojewódzkiego w Poznaniu, będącego następcą prawnym Szpitala Rehabilitacyjno - Kardiologicznego w Kowanówku - dokonał czynności, o których mowa w art. 92 ust. 2 ustawy Pzp, tj. zamieścił informacje wskazane w art. 92 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp w miejscu publicznie dostępnym w siedzibie Zamawiającego.

Należy zwrócić uwagę na pogląd wyrażony przez KIO w uchwale z dnia 11 sierpnia 2017 r. (sygn. akt: KIO/KD 42/17) w podobnej sprawie, w której wskazano, że 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 oraz art. 92 ust. 2 ustawy Pzp przez Zamawiających. Tym samym, mając na uwadze realizację zasady jawności postępowania, w niniejszym postępowaniu Zamawiający winni zamieścić ogłoszenie o zamówieniu w miejscu publicznie dostępnym w swoich siedzibach oraz na stronie internetowej, jak również informacje wskazane w art. 92 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp w miejscu publicznie dostępnym w siedzibach Zamawiających, także w sytuacji, gdy na podstawie art. 15 ust. 2 ustawy Pzp powierzyli przygotowanie lub przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia własnej jednostce organizacyjnej lub osobie trzeciej, co nie wyłącza możliwości dodatkowego ich opublikowania na stronie internetowej pełnomocnika („Szpitale Wielkopolski” Sp. z o.o.). Należy zwrócić uwagę, iż w przypadku zaniechania powyższego potencjalni wykonawcy (dostawcy) zainteresowani ubieganiem się o udzielenie zamówienia, mogliby w ogóle nie posiadać wiedzy o fakcie wszczęcia i prowadzenia postępowania w imieniu trzech Zamawiających i na ich rzecz przez ustanowionego pełnomocnika. W takim przypadku zasada jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wymagana przepisami ustawy Pzp w żaden sposób nie byłaby realizowana.

W świetle powyższego, Prezes Urzędu podtrzymuje stanowisko zawarte w pkt 2 informacji o wyniku kontroli z dnia 6 września 2017 r. że zamawiający Wielkopolski Ośrodek Reumatologiczny w Śremie oraz Wojewódzki Szpital Zespołowy w Koninie, w ustalonym stanie faktycznym sprawy, dopuścili się naruszenia art. 40 ust. 1 oraz art. 92 ust. 2 ustawy Pzp i w konsekwencji naruszenia art. 8 ust. 1 ustawy Pzp.”

***Krajowa Izba Odwoławcza, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania, oceniła zastrzeżenia zamawiających w odniesieniu do poszczególnych naruszeń wykazywanych w informacji o wynikach kontroli doraźnej Prezesa UZP, zważyła, co następuje:***

W ocenie Izby, wnioski zawarte w informacji o wyniku kontroli doraźnej należy uznać za zasadne.

Odnośnie pierwszego ze stwierdzonych naruszeń, dotyczącego opisu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający wykonawcom uczciwą konkurencję, Izba podziela pogląd Prezesa UZP, że sformułowane zasady realizacji zamówienia z udziałem pełnomocnika („Szpitale Wielkopolski” sp. z o.o.) nie są związane z przedmiotem tego zamówienia. Przed wszystkim przedmiotem tego zamówienia jest dostawa leków na rzecz 3 podmiotów zamawiających: Poznański Ośrodek Reumatologiczny SPSZOZ w Śremie ul. Mickiewicza 95, 63-100 Śrem (obecnie Wielkopolski Ośrodek Reumatologiczny w Śremie), Szpital Rehabilitacyjno - Kardiologiczny w Kowanówku ul. Sanatoryjna 34, 64-600 Oborniki, Wojewódzki Szpital Zespolony w Koninie ul. Szpitalna 45, 62-504 Konin. Poszczególni Zamawiający powierzyli na podstawie art. 15 ust. 2 ustawy Pzp przeprowadzenie postępowania pełnomocnikowi - spółce „Szpitale Wielkopolski” Sp. z o.o.

W pkt. 20 SIWZ zawarto zapis dotyczący wynagrodzenia dla pełnomocnika zamawiającego, wskazujący, iż „Wykonawca, którego oferta zostanie wybrana jako najkorzystniejsza, zobowiązany jest (najpóźniej równocześnie z zawarciem umowy z danym Zamawiającym) do zawarcia umowy z Pełnomocnikiem Zamawiających Szpitale Wielkopolski sp. z o.o. i (w toku realizacji umowy z danym Zamawiającym) wypłacenia Pełnomocnikowi Zamawiających wynagrodzenia w wysokości 2 % wartości zamówienia brutto (tj. powiększonego o należną stawkę podatku VAT) zrealizowanego dla danego Zamawiającego (wskazanego w Części I pkt 1 SIWZ) w Postępowaniu, lecz nie więcej niż równowartości kwoty 30.000 EURO netto (Ponadto, jako załącznik nr 8 do SIWZ, dołączony został wzór umowy określającej relacje pomiędzy pełnomocnikiem zamawiającego a wykonawcą wyłonionym w postępowaniu, zatytułowany „Umowa współpracy”. Z załącznika wynikało, iż opłata z tytułu czynności pełnomocnika miała zostać określona w wysokości 2% wartości zamówienia, a zobowiązanie do jej uiszczenia obciążało wykonawcę i miało być wypłacane sukcesywnie po uzyskaniu płatności od danego Zamawiającego. We wskazanej umowie współpracy obowiązki pełnomocnika zostały określone m.in. jako wspieranie zamawiającego i wykonawcy we wzajemnej współpracy, optymalizacja procesu dostaw, wsparcie wykonawcy w sporze z zamawiającym.



Z powyższego wynika, że w tym przypadku mamy do czynienia z odrębną, niezwiązaną z przedmiotem zamówienia umową, z której wynika obowiązek uiszczenia na rzecz pełnomocnika 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 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. 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. W kontekście powyższych ustaleń niewątpliwie umieszczony w SIWZ obowiązek zawarcia dodatkowej umowy przez wybranego wykonawcę z pełnomocnikiem wraz z przejęciem ciężaru uiszczenia zapłaty dla niego prowizji za 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 dodatkowej (pakietowej) umowy, która pozostawała bez związku z przedmiotem zamówienia jakim była dostawa leków, a jej treść została wykonawcy narzucona. 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

Odnosząc się do drugiego zarzutu, Izba za kontrolującym wskazuje, że zamawiający, stosownie do treści art. 40 ust. 1 ustawy P.z.p., 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 ustawy P.z.p. nakłada na zamawiających 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 P.z.p. nie wyłącza obowiązku dokonania czynności, o których mowa w art. 40 ust. 1 ustawy P.z.p. oraz art. 92 ust. 2 ustawy P.z.p., przez zamawiających. Tym samym, mając na uwadze realizację zasady jawności postępowania, ogłoszenie o zamówieniu oraz informacja wskazana w art. 92 ust. 1 pkt 1 ustawy P.z.p.,

winy były zostać zamieszczone w siedzibach wszystkich podmiotów, będących zamawiającymi w niniejszym postępowaniu. Nie można uznać – tak jak słusznie stwierdził Prezes UZP - za wypełnienie obowiązku informacyjnego, określonego w art. 40 ust. 1 ustawy P.z.p. oraz art. 92 ust. 2 ustawy P.z.p. zamieszczenie ogłoszeń, o których mowa w ww. przepisach wyłącznie w siedzibie ustanowionej w postępowaniu, w trybie art. 15 ust. 2 i 3 ustawy P.z.p., pełnomocnika. 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 podmiotów zamawiających. W takim przypadku, zasada jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, wymagana przepisami ustawy P.z.p., w żaden sposób nie była realizowana.

Podkreślenia wymaga, że analogiczne stanowisko zostało wyrażone w uchwale Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 sierpnia 2017 roku, sygn. akt KIO/KD 42/17.

Izba wskazuje, że zastrzeżenia pełnomocnika Zamawiającego i Zamawiających, tj. Szpitala Rehabilitacyjno-Kardiologicznego w Kowanówku oraz Wojewódzkiego Szpitala Zespolonego w Koninie dotyczących naruszenia art. 40 ust. 1 oraz art. 92 ust. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu oraz informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty na stronie internetowej ww. Zamawiających nie były przedmiotem zarzutu w Informacji o wyniku kontroli, dlatego też nie zostały uwzględnione.

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

.....