

POSTANOWIENIE
z dnia 16 lipca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Emilia Garbala

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 16 lipca 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 czerwca 2021 r. przez wykonawcę **LEK S.A., ul. Podlipie 16, 95-010 Stryków,**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Mazowiecki Szpital Bródnowski w Warszawie sp. z o.o., ul. Kondratowicza 8, 03-242 Warszawa,**

przy udziale wykonawcy **Urtica sp. z o.o., ul. Krzemieniecka 120, 54-613 Wrocław,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

postanawia:

1. **umarza postępowanie odwoławcze,**
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy: **LEK S.A., ul. Podlipie 16, 95-010 Stryków,** kwotę **13 500,00 zł** (słownie: trzynaście tysięcy pięćset złotych zero groszy), tytułem zwrotu 90% uiszczzonego wpisu,
3. zasądza od odwołującego **LEK S.A., ul. Podlipie 16, 95-010 Stryków,** na rzecz zamawiającego **Mazowiecki Szpital Bródnowski w Warszawie sp. z o.o., ul. Kondratowicza 8, 03-242 Warszawa,** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów poniesionych z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Mazowiecki Szpital Bródnowski w Warszawie sp. z o.o., ul. Kondratowicza 8, 03-242 Warszawa, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Dostawa produktów leczniczych i wyrobów medycznych dla Mazowieckiego Szpitala Bródnowskiego w Warszawie sp. z o.o.”, numer referencyjny: MSB/PN/13/04/2021. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 21.05.2021 r., nr 2021/S 098-254345.

W dniu 21.06.2021 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy LEK S.A., ul. Podlipie 16, 95-010 Stryków (dalej: „odwołujący”), w którym odwołujący zarzucił zamawiającemu następujące naruszenia dotyczące § 5 ust. 10 i 11 projektu umowy:

- 1) art. 431 w zw. z art. 8 ust. 1 w zw. z art. 16 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.), zwanej dalej: „ustawą Pzp”, w zw. z art. 354 kc i art. 353¹ kc i art. 58 § 1 i 2 kc oraz w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2020, poz. 1913), poprzez zaburzenie równowagi stron umowy, sprowadzenie jej do umowy stricte adhezyjnej, jednostronnej, brak poszanowania interesów drugiej strony umowy, narzucanie odgórnie cen przez zamawiającego w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji, wbrew naturze stosunku, ustawie Pzp i zasadom współzycia społecznego,
- 2) art. 433 pkt 4 w zw. z art. 8 ust. 1 w zw. z art.16 ustawy Pzp w zw. z art. 5 kc oraz 58 § 1 i 2 kc, art. 353¹ kc, poprzez zawarcie w projekcie umowy postanowień abuzywnych, nakładających na wykonawców nieproporcjonalne ryzyko umożliwiające ograniczenie zakresu zamówienia przez zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron lub rezygnację z zamówienia lub jednostronne wypowiedzenie umowy, co stanowi nadużycie prawa podmiotowego przez zamawiającego, który czyni ze swojego prawa użytek sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współzycia społecznego.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu wykreślenia w całości abuzywnych postanowień z § 5 ust. 10 i 11 projektu umowy.

Pismem z dnia 25.06.2021 r. wykonawca Urtica sp. z o.o., ul. Krzemieniecka 120, 54-613 Wrocław, zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego. Izba stwierdziła, że przystąpienie zostało dokonane skutecznie.

Jednocześnie Izba ustaliła, że zgłaszający przystąpienie wykonawca ASCLEPIOS S.A., Hubska 44, 50-502 Wrocław, nie dochował obowiązku wynikającego z art. 525 ust. 2 ustawy Pzp, ponieważ nie dołączył do zgłoszenia przystąpienia dowodu przesłania kopii przystąpienia stronom. Również pełnomocnik odwołującego stwierdził na posiedzeniu, że nie otrzymał kopii zgłoszenia przystąpienia tego wykonawcy. W tym stanie rzeczy Izba nie dopuściła wykonawcy ASCLEPIOS S.A. do postępowania odwoławczego w charakterze jego uczestnika.

Pismem z dnia 16.07.2021 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego odrzucenie na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy Pzp z uwagi na wniesienie odwołania po upływie terminu określonego w ustawie.

W trakcie posiedzenia pełnomocnik odwołującego złożył oświadczenie, że cofa odwołanie.

Zgodnie z art. 520 ustawy Pzp, odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy, a cofnięte odwołanie nie wywołuje skutków prawnych, jakie ustawa wiąże z wniesieniem odwołania do Prezesa Izby.

Zgodnie z art. 568 pkt 1 ustawy Pzp, Izba umarza postępowania odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku cofnięcia odwołania.

Zgodnie z § 9 ust. 1 pkt 3 lit. b rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437):

W przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę w całości na skutek cofnięcia odwołania przed otwarciem rozprawy:

b) w dniu, na który został wyznaczony termin rozprawy lub posiedzenia z udziałem stron lub uczestników postępowania odwoławczego - odwołujący ponosi koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, oraz zwraca się mu 90% wpisu; w takim przypadku Izba zasądza koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, od odwołującego na rzecz zamawiającego lub uczestnika postępowania odwoławczego, który przystąpił po stronie zamawiającego, wnoszącego sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego w całości albo w części zarzutów przedstawionych w odwołaniu, oraz orzeka o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczonej tytułem wpisu, w wysokości stanowiącej 90% jego wartości.

Dlatego też Izba orzekła jak w sentencji i nakazała zwrócić odwołującemu 90% kwoty uiszczanego wpisu od odwołania oraz zasądziła od odwołującego na rzecz zamawiającego koszty zastępstwa procesowego.

Jednocześnie odnosząc się do argumentacji pełnomocnika odwołującego, podniesionej na posiedzeniu, Izba wyjaśnia, że obowiązkiem przede wszystkim wykonawcy uczestniczącego w postępowaniu jest zapoznanie się ze wszystkimi modyfikacjami swz i ustalenie początku biegu terminu do wniesienia odwołania, zgodnie z art. 515 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp. Zamawiający może natomiast złożyć odpowiedź na odwołanie do czasu otwarcia rozprawy (art. 521 ust. 1 ustawy Pzp), przy czym złożenie takiej odpowiedzi jest jedynie uprawnieniem zamawiającego. Zamawiający może też nie składać odpowiedzi na odwołanie, ale ustnie przedstawić swoje stanowisko w sprawie, w tym wypadku – mógł też ustnie na posiedzeniu wnieść o odrzuceniu odwołania z powodu uchybienia terminowi do jego wniesienia. Oznacza to, że złożenie odpowiedzi na odwołanie w dniu wyznaczonym na posiedzenie i fakt, że jej treść ogranicza się do wskazania podstaw odrzucenia odwołania, nie ma wpływu na zastosowanie § 9 ust. 1 pkt 3 lit. b rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania. Dlatego też Izba postanowiła o kosztach zgodnie z ww. przepisem.

Przewodniczący: